

Vergleiche im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der
Johann Wolfgang Goethe-Universität
Frankfurt am Main

Vorgelegt von

Walter Munding

Anwaltsassessor
aus Konstanz

Walter Munding: Vergleiche im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit

Vergleiche im Verfahren
der freiwilligen Gerichtsbarkeit

Vertragliche Einigungen
zur Abgrenzung des Güterkreises
der Erbengemeinschaften (Erbteil)

Walter Munding, Rechtsanwalt
Frankfurt am Main

Frankfurt am Main

Walter Munding

Rechtsanwalt
am Landgericht



Universitäts- und Landesbibliothek Bonn

Vergleiche im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der
Johann Wolfgang Goethe-Universität
Frankfurt am Main

Vorgelegt von

Walter Munding

Anwaltsassessor
aus Konstanz



Vergleiche im Verhalten der freiwilligen Gerichtsbarkeit

Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades
der Rechtswissenschaften

Erstgutachter: *Prof. Dr. Schiedermair*

Zweitgutachter: *Prof. Dr. Schlochauer*

Tag der mündlichen Prüfung: 7. November 1956

Wolfgang M. Müller

Miltenberg am Main

Inhaltsübersicht

	Seite
A Einleitung	13
B Die Voraussetzungen der Verfahrensvergleiche der freiwilligen Gerichtsbarkeit	13
I Die Voraussetzungen des materiellen Rechts	13
II Die Voraussetzungen des Prozeßrechts	14
1. Parteifähigkeit, Prozeßfähigkeit	15
2. Regelung des Verfahrensgegenstandes kraft Dispositionsbefugnis über ihn	17
a) Dispositionsbefugnis und § 12 FGG	18
b) Der Begriff des Verfahrensgegenstandes in der freiwilligen Gerichtsbarkeit	20
c) Überwiegendes öffentliches Interesse als Schranke der Dispositionsbefugnis	24
d) Der Fall des § 2227 BGB	25
3. Zulässigkeit des Rechtsweges und Zuständigkeit des Gerichts als Vergleichsvoraussetzungen?	29
4. Protokollierung als Vergleichsvoraussetzung?	32
5. Verfahrensvergleich und „echtes Streitverfahren“ der freiwilligen Gerichtsbarkeit	32
a) Besteht das Erfordernis eines „Rechtsstreits“ der Beteiligten im Sinne der sogenannten echten Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit?	33
b) Der Begriff der echten Streitverfahren und deren Verhältnis zu dem Kreis der vergleichsfähigen Angelegenheiten	36
C Einzelfälle	39
I Gesellschaftsinterne Streitigkeiten	41
Das Verfahren über die Ermächtigung zur Einberufung einer Hauptversammlung (§§ 106 Abs. 4 AktGes., 45 Abs. 3 GenGes., 145, 148 FGG)	
Das Verfahren über die Ernennung und Abberufung von Liquidatoren (§§ 146, 147 HGB, 206 Abs. 2 AktGes., 66 Abs. 2 und 3 GmbHGes., 83 Abs. 3 und 4 GenGes., 145, 148 FGG)	
Das Verfahren zur Herbeiführung von Informationen (§§ 166 Abs. 3, 338 Abs. 3 HGB)	
II Das Verfahren zur Festsetzung einer Vergütung für Prüfer oder besondere Vertreter (§§ 27 Abs. 2, 45 Abs. 3, 136 Abs. 5, 244 Abs. 4 AktGes., 145 FGG)	45

III Das Verfahren über die gerichtliche Bestimmung von Art und Umfang des einem unverheirateten Kind zu gewährenden Unterhalts (§ 1612 Abs. 2 S. 2 BGB)	45
IV Das Verfahren über die Aufhebung der Beschränkung oder Ausschließung der Schlüsselgewalt (§ 1357 Abs. 2 S. 2 BGB)	46
V Das Verfahren über die Ermächtigung des Mannes zur Kündigung einer persönlichen Leistungspflicht der Frau (§ 1358 Abs. 1 BGB)	49
VI Die Verfahren über die gerichtliche Ersetzung der gesetzlich geforderten Zustimmung eines anderen zu einem Rechtsgeschäft (u. a. §§ 3 Abs. 3 EheG., 1447, 1451, 1519 Abs. 2 und 1549 BGB)	50
VII Das Verfahren wegen Festsetzung einer Vergütung des Nachlaßverwalters (§ 1987 BGB) und des Nachlaßpflegers (§ 1836 in Verbindung mit §§ 1915 und 1962 BGB)	52
VIII Die Verfahrensarten mit ausdrücklicher Vergleichsregelung (6. DVO/EheGes., Rückerstattungsgesetze, WohnEigGes., Vertragshilfeges., LandwVerfGes.)	53
IX Das Umstellungsstreitverfahren (§ 6 der 40. DVO zum UmstGes.)	53
X Das Verfahren wegen Anfechtung eines Hauptversammlungsbeschlusses über die DM-Eröffnungsbilanz (§ 58 DM-BilGes.)	54
D Die Wirkungen der im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit geschlossenen Vergleiche	54
I Die materiellen Wirkungen	54
II Die prozessualen Wirkungen	55
1. Vorbemerkung: Die prozessualen Wirkungen des im Zivilprozeß geschlossenen Vergleichs	55
2. Das Verhältnis der Vollstreckbarkeit und der Verfahrensbeendigung als Aufbaufrage	57
3. Die Vollstreckbarkeit der im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit geschlossenen Vergleiche	58
a) Anerkennung einer Vergleichsvollstreckbarkeit in den §§ 98 und 158 Abs. 2 FGG?	58
b) Die Ansichten in Literatur und Rechtsprechung über die Vollstreckbarkeit von im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit geschlossenen Vergleichen	59
c) Stellungnahme	64
aa) Unmittelbare Anwendbarkeit d. § 794 Abs. 1 Z. 1 ZPO?	65

	bb) Entsprechende Anwendbarkeit des § 33 FGG? . . .	67
	cc) Entsprechende Anwendbarkeit d. § 794 Abs.1 Z.1 ZPO? . . .	69
	dd) Umkehrschluß aus den sondergesetzlich geregelten Vergleichsmöglichkeiten?	70
	ee) Rechtsanalogie aus den sondergesetzlich geregelten Vergleichsmöglichkeiten?	71
	ff) Die einschränkende Ansicht Schönkes	72
	(1) Ihre prozessualen Grundgedanken	72
	(2) Ähnliche Probleme beim verwaltungsgerichtlichen Vergleich	74
	(a) Die VGGe der am. Zone	74
	(b) Die MRVO 165 (br. Zone)	75
	(c) Das BVerwGG	79
	d) Die gerichtlichen Handlungen und Entscheidungen im Vollstreckungsverfahren	79
	aa) Die Vollstreckungsgegenklage	80
	Anhang:	
	Vollstreckungsgegenklage und Abänderungsantrag	82
	(1) Die gerichtliche Abänderungsmöglichkeit gegenüber Vergleichen im Zivilprozeß	82
	(2) Die gerichtliche Abänderungsmöglichkeit gegenüber Vergleichen in der freiwilligen Gerichtsbarkeit	82
	(a) Bei gleichgebliebenem Sachverhalt	82
	(b) Bei nachträglich geändertem Sachverhalt	83
	bb) Die sonst. Entscheidungen im Vollstreckungsverfahren	86
	4. Die Kostenfestsetzung auf Grund des Vergleichs	86
	5. Die Beendigung des Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit durch den Vergleich	87
E	Verfahrensvergleiche bei beschränkter Verfügungsbefugnis über den Verfahrensgegenstand	90
	I Der Vergleich in Ehesachen	90
	II Parallelfälle in der freiwilligen Gerichtsbarkeit	93
F	Die Protokollierung des Verfahrensvergleichs	97
G	Die Geltendmachung der Unwirksamkeit eines Vergleichs	99
H	Zusammenfassung	102



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Literaturverzeichnis

I. Kommentare, Lehrbücher, Monographien, Aufsätze

- Bachof*, Die Zwangsvollstreckung verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen im geltenden Recht, DVBl 1950 S. 554 ff.
- Baumbach, Adolf*, Das privatrechtliche Schiedsgerichtsverfahren, Systematischer Kommentar, 1931.
- Baumbach-Duden*, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 8. Aufl., 1950.
- Baumbach-Hueck*, Kommentar zum Aktiengesetz, 8. Aufl., 1954.
- Baumbach-Lauterbach*, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 18. Aufl., 1947, 22. Aufl., 1954.
- Baur, Fritz*, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 1. Buch: Allgemeines Verfahrensrecht, 1955.
- Bernhardt, Wolfgang*, Rechtsstreit (Grundriß), 1939.
- Bettermann, K. A.*, Die zivilprozessuale Zwangsvollstreckung aus verwaltungsgerichtlichen Vergleichen, NJW 1953 S. 1007 ff.
- Blomeyer, Karl*, Freiwillige Gerichtsbarkeit und Zivilprozeß, in „Festschrift für J. W. Hedemann“, 1938 S. 191 ff.
- Arrest und einstweilige Verfügung, ZJP 65 S. 52 ff.
- Bosch, F. W.*, Zivilprozeß und freiwillige Gerichtsbarkeit, Arch. civ. Pr. 149 S. 32 ff.
- Böttcher, Eduard*, Zur Lehre vom Streitgegenstand im Eheprozeß, in „Festgabe für Leo Rosenberg“, 1949, S. 73 ff.
- de Boor*, Zur Lehre vom Schiedsspruch in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Judicium, I. Jahrgang 1928/29.
- Breit*, Die Schlüsselgewalt der Ehefrau, DJZ 1907 S. 779.
- Brose, Johannes*, Das erweiterte Hoffolgezeugnis, RdL 1952 S. 170 f.
- Bülow*, Die neue Prozeßrechtswissenschaft und das System des Civilprozeßrechts, ZJP 27 S. 201 ff.
- Busch, Louis*, Aus den Grenzgebieten der freiwilligen und der streitigen Gerichtsbarkeit, in „Festgabe für Richard Koch“, 1903.
- Carlebach-Authenrieth-Pfäfflin-Zimmerle-Dobler*, Kommentar zum FFG, 1913.
- Dernburg, Heinrich*, Deutsches Familienrecht, 4. Aufl., 1908.
- Dölle, Hans*, Die Gleichberechtigung von Mann und Frau im Familienrecht, JZ 1953 S. 353 ff.
- Dronke, Ernst*, Der Prozeßvergleich als Ersatz der gerichtlichen und notariellen Beurkundung, ZJP 30 S. 47 ff.
- Enneccerus-Kipp-Wolff*, Familienrecht, 2. Bearbeitung 1914, 5. Bearbeitung 1925. Erbrecht, 10. Bearbeitung von Helmut Coing, 1955 (abgekürzt: Kipp-Coing).
- Eyermann-Fröhler*, Kommentar zum Verwaltungsgerichtsgesetz, 1950.
- Falkmann*, Die Zwangsvollstreckung, 2. Aufl., 1908.
- Faßbender, Alfred*, Der Vergleich und die Klagezurücknahme im Eheprozeß, Diss. Köln 1940.
- Forsthoef, Ernst*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, I. Band: Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 1953.
- Gäbelein, Wolfgang*, Grenzen der Abänderbarkeit nach § 18 Absatz I FGG, Diss. Frankfurt 1951.
- Gaedeke*, Vergleichsgebühr in Ehesachen, DR 1939 S. 1904.
- Godin*, Kommentar zum Ehegesetz, 2. Aufl., 1950.
- Godin-Wilhelmi*, Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Aufl., 1950.
- Habscheid, W. J.*, Schiedsverfahren und Freiwillige Gerichtsbarkeit, ZJP 66 S. 188 ff.
- Der Streitgegenstand im Zivilprozeß und im Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1956.

- Hagemeyer, Maria*, Das Familienrecht seit dem 1. April 1953, NJW 1953 S. 601 ff.
- Hans*, Der Vergleich vor dem Verwaltungsgericht, DVBl 1951 S. 721 ff.
- Hegler*, Beiträge zur Lehre vom prozessualen Anerkenntnis und Verzicht, 1903.
- Hoffmann-Stephan*, Kommentar zum Ehegesetz, 1950.
- van Husen, Paul*, Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in Bayern, Württemberg-Baden und Hessen, Kommentar, 1947.
- Jastrow*, Die Verrichtungen des Vormundschaftsgerichts bei güterrechtlichen Streitigkeiten unter Eheleuten, ZZZ 25 S. 128 ff.
- Josef, Eugen*, Lehrbuch des Verfahrens der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1902.
Der Vergleich im echten Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Gruchots Beitr. 48 S. 557 ff.
Kommentar zum FGG, 2. Aufl., 1906.
Der Einfluß des Todes auf das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Arch. civ. Pr. 110 S. 402 ff.
- Kasper*, Die Anwendung des Verwaltungszwangsverfahrens bei der preußischen Forst- und Domänenverwaltung, JW 1925 S. 1080 ff.
- Keidel, Theodor*, Kommentar zum FGG, 5. Aufl. 1952, 6. Aufl. 1954.
Der gerichtliche Vergleich vor dem Landwirtschaftsgericht und das Urkundsmonopol der Notare, DNotZ 1952 S. 103 ff.
Der gerichtliche Vergleich in Landwirtschaftssachen und die Beurkundungsbefugnis der Notare, DNotZ 1954 S. 342 ff.
Wesentliche Grundzüge aus der neueren Rechtsprechung zum FGG, Rpfleger 1953 S. 50 ff.
Aus der Rechtsprechung zur Freiwilligen Gerichtsbarkeit, JZ 1954 S. 232 ff.
- Kleinfeller*, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 3. Aufl., 1925.
- Klinger, Hans*, Die Verordnung über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone, Kommentar, 2. Aufl., 1953.
- Kobler, Franz*, Das Bundesgesetz über das gerichtliche Verfahren in Landwirtschaftssachen vom 21. Juli 1953 unter Berücksichtigung des bisher in den einzelnen Zonen geltenden Verfahrensrechts, DNotZ 1953 S. 565 ff.
- Kohler*, Prozeßhandlungen mit Civilrechtswirkung, ZZZ 29 S. 1 ff.
- Kretschmar, Paul*, Der Vergleich im Prozesse, Diss. Leipzig 1896.
- Lehmann, Heinrich*, Der Prozeßvergleich, in „Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des deutschen Reiches“, Band 22 Heft 1.
Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 7. Aufl., 1952.
- Lent, Friedrich*, Zivilprozeßrecht, 2. Aufl., 1948.
Freiwillige Gerichtsbarkeit, Studienbuch (StB), 2. Aufl., 1954.
Zur Lehre vom Streitgegenstand, ZZZ 65 S. 315 ff.
Zivilprozeß und freiwillige Gerichtsbarkeit, ZZZ 66 S. 267 ff.
- von Lilienthal*, Das Kündigungsrechts des Ehemannes aus § 1358, in „Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts“, Heft 28.
- Maßfeller, Franz*, Das neue Familienrecht, 1952.
- Mathieu*, Das Vertragshilfeverfahren als Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit, DNotZ 1953 S. 371 ff.
- Mendelssohn-Bartholdy*, Der „Beteiligte“ des § 2227 BGB, Rhein. Zeitschr. 1924 S. 316 ff.
- Monich*, Der Schutz von Gemein- und Gesamtinteressen im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, ZZZ 33 S. 41 ff.
- Mügel, Oskar*, Das gesamte Aufwertungsrecht, 5. Aufl., 1927.
- Müller, Hanswerner*, Der Vergleich im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, JZ 1954 S. 17 ff.
- Müller-Freienfels, Wolfram*, Zur heutigen „Schlüsselgewalt“, in „Festschrift für Heinrich Lehmann zum 80. Geburtstag“, S. 388 ff.

- Münzel, Karl, Freiwillige Gerichtsbarkeit und Zivilprozeß in der neueren Entwicklung, ZZP 66 S. 334 ff.
- Nikisch, Arthur, Der Streitgegenstand im Zivilprozeß, 1935.
- Oertmann, Paul, Recht der Schuldverhältnisse, 2. Buch, Kommentar, 5. Aufl., 1929.
- Opet-Blume, Das Familienrecht des bürgerlichen Gesetzbuchs, Kommentar, 4. Aufl., 1906.
- Palandt, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 12. Aufl., 1954.
- Peters, Das echte Streitverfahren im Bereich des FGG, MDR 1952 S. 137 ff.
- Planck, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 1. Band 1887, 2. Band 1896. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Aufl., IV. Band (Familienrecht), 1906; 4. Aufl., IV. Band 1. Hälfte, 1928, V. Band (Erbrecht), 1930.
- Predari, Eintragung einer Hypothek auf Grund eines Prozeßvergleichs, Gruchots Beitr. 54 S. 570 ff.
- Pritsch, Erich, Das gerichtliche Verfahren in Landwirtschaftssachen, Kommentar, 1955.
- Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Band IV.
- Reichsgerichtsräte, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, 10. Aufl., II. Band (Recht der Schuldverhältnisse, Bes. Teil), 1953; 8. Aufl., V. Band (Erbrecht), 1935.
- Rosenberg, Leo, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 6. Aufl., 1954.
- Saage, Erwin, Kommentar zum Vertragshilfegesetz vom 26. 3. 1952.
- Sauer, Wilhelm, Grundlagen des Prozeßrechts, 2. Aufl., 1929.
- Allgemeine Prozeßrechtslehre, 1951.
- Schiedermaier, Gerhard, Vereinbarungen im Zivilprozeß, 1935.
- Schlegelberger, Kommentar zum FGG, 6. Aufl., 1952.
- Schmidt, Arthur, Familienrecht, Kommentar, 1907.
- Schneider, Beschlußverfahren und Rechtskraft in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, ZZP 29 S. 96 ff.
- Schnorr v. Carolfeld, Beiträge zur Lehre vom Vergleich, in „Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts“, Heft 42.
- Schönke, Adolf, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 7. Aufl., 1951.
- Zwangsvollstreckungsrecht, 2./3. Aufl., 1946.
- Scholz, Franz, Kommentar zum GmbHGes., 2. Aufl., 1950.
- Schultzenstein, Über den Vergleich im Verwaltungsstreitverfahren, Preuß. Verwaltungsblatt Bd. 24 S. 370 ff.
- Schwab, Karl Heinz, Der Streitgegenstand im Eheprozeß, ZZP 65 S. 101 ff.
- Soergel, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Aufl., III. Band (Sachenrecht, Familien- und Erbrecht), 1955.
- Sonnen, Theodor, Urteil nach außergerichtlichem Vergleich? ZZP 54 S. 160 ff.
- Seuffert-Walshmann, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 12. Aufl., 1933/34.
- Staeßlin, Vergleiche im Erbscheinsverfahren, Deutsche Freiwillige Gerichtsbarkeit, 1942 S. 71 ff.
- Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 12./13. Aufl., 1. und 2. Band, 1926.
- Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Aufl., II. Band (Recht der Schuldverhältnisse) 3. Teil, 1929; III. Band (Sachenrecht) 2. Teil, 1926; IV. Bd. (Familienrecht) 1. u. 2. Teil, 1926; V. Bd. (Erbrecht), 1928.
- Stein, Friedrich, Grenzen u. Beziehungen zwischen Justiz u. Verwaltung, 1912.
- Stein-Jonas, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 16. Aufl., 1939; 17. Aufl., bearbeitet von Schönke, 1949 bis 1953.
- Strauß, Walter, Der Gesetzentwurf der Bundesregierung über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts, JZ 1954 S. 177 ff.

Struckmann-Koch, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 9. Aufl., 1910.
Teichmann-Köhler, Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl., 1950.
Tschischgale, Der Vergleich in Ehesachen, JR 1951 S. 427 ff.
von Tuhr, Andreas, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts,
 1. Band, 1910.
Vogel, Benno, Die Verteilung des Hausrats durch den Richter nach der Ver-
 ordnung vom 21. 10. 1944, JR 1949 S. 430 ff.
Wach, Adolf, Handbuch des Deutschen Civilprozeßrechts, 1. Band, 1885.
Weismann, Jakob, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 1. Band 1903,
 2. Band 1905.
Wieruszowski, Handbuch des Eherechts, Band I, 1900.
Wöhrmann-Herminghausen, Kommentar zum Gesetz über das gerichtliche Ver-
 fahren in Landwirtschaftssachen, 1954.
Wolf, H., Der Prozeßvergleich, Arch. civ. Pr. 88 S. 153 ff.

II. Entscheidungssammlungen, Zeitschriften, Abkürzungen

Arch. civ. Pr.	Archiv für civilistische Praxis
AS	Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte für das Land Nordrhein-Westfalen in Münster sowie für die Länder Nie- dersachsen und Schleswig-Holstein in Lüneburg
BayOblG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Der Betriebs-Berater
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DR	Deutsches Recht
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt
fG	freiwillige Gerichtsbarkeit
Gruchots Beitr.	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot
Judicium	Vierteljahrsschrift für die gesamte Zivilrechtspflege
JW	Juristische Wochenschrift
JMB1NRW	Justizministerialblatt für das Land Nordrhein-Westfalen
JZ	Juristenzeitung
KGJ	Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts
L. M.	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichts- hofs
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NdsRpfl	Niedersächsische Rechtspflege
OGHbrZ	Oberster Gerichtshof für die britische Zone
OLG-Rspr	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts
RdL	Recht der Landwirtschaft
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rpfleger	Der Deutsche Rechtspfleger
Rhein. Zeitschr.	Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht des In- und Auslandes
Warn.	Warneyer, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts
ZBlFG	Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit, Notariat und Zwangsvorsteigerung
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

A

Einleitung

Das Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG) enthält keine Vorschriften über den Vergleich. Daher sind die im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit (fG) geschlossenen Vergleiche in vielen Beziehungen wesentlich problematischer als die des Zivilprozesses. Zwar ist auch in der Zivilprozeßordnung die Regelung des Vergleichs nur unvollständig erfolgt, doch beseitigt die — wenn auch verstreute — Einzelregelung¹ nicht nur Zweifel an seiner grundsätzlichen Möglichkeit im Zivilprozeß, sondern sie klärt auch mehrere Hauptpunkte, wie etwa die Beurkundungsform (§ 160 Abs. 2 Z. 1 ZPO) oder die Vollstreckbarkeit (§ 794 Abs. 1 Z. 1 ZPO).

Im übrigen hat der zivilprozessuale Vergleich, seiner sehr großen Bedeutung für den Zivilprozeß entsprechend, eine umfangreiche Erörterung in Rechtsprechung und Literatur erfahren, so daß er heute, trotz der Lückenhaftigkeit seiner gesetzlichen Regelung, in der praktischen Handhabung und theoretischen Erklärungen nur noch verhältnismäßig geringe Schwierigkeiten bereitet.

Ganz anders liegt es in der fG. Hier ist das Problem des Vergleichs bisher kaum behandelt worden. In der älteren Literatur hat nur ein Aufsatz von Josef² diesen Gegenstand eingehender untersucht. Wenn der Vergleich neuerdings auch in der fG etwas mehr Erörterung findet, so fast durchweg nur im speziellen Zusammenhang mit bestimmten neueren Materien, die in besonderen Gesetzen geregelt sind und für ihren Bereich einen Vergleich ausdrücklich vorsehen³. Über diese Sonderfälle hinausgehend, hat sich jedoch in neuester Zeit wieder Hanswerner Müller⁴ ganz allgemein zur Frage des Vergleichs im Verfahren der fG geäußert. Außer den Aufsätzen von Josef und Müller bringt noch das Lehrbuch von Baur⁵ eine umfassendere Erörterung des Vergleichs der fG. An Abhandlungen zu Teilgebieten sind vor allem zwei Aufsätze von Keidel über den Vergleich vor dem Landwirtschaftsgericht⁶ zu erwähnen.

B

Die Voraussetzungen der Verfahrensvergleiche der freiwilligen Gerichtsbarkeit

Die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Vergleich im Verfahren der fG zulässig ist, wozu auch die nach seinem notwendigen Inhalt gehört, beantwortet sich zunächst einmal nach materiellem Recht; aber auch das Prozeßrecht spielt bei der Beantwortung eine Rolle.

I. Die Voraussetzungen des materiellen Rechts

Der Inhalt des Vergleichs muß den Erfordernissen des § 779 BGB entsprechen. Es muß sich also um einen Vertrag handeln, durch den der Streit oder die Ungewißheit der Parteien über ein Rechtsverhältnis im Wege gegenseitigen Nachgebens beseitigt wird. Dabei ist nicht erforderlich, daß das „Nach-

1) §§ 81, 83, 98, 118a, 160 Abs. 2 Z. 1, 349, 794 Abs. 1 Z. 1, 797, 1044a ZPO.

2) Der Vergleich im echten Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Gruchots Beitr. Bd. 48 (1904), S. 557—570.

3) §§ 13, 16 Abs. 3 der 6. DVO z. EheGes.; Art. 62, 65 Ges. Nr. 59 Am. Mil. Reg. (Rückerst. Ges. am. Zone); Art. 54, 57 Mil. Reg. VO BZ Nr. 59 (Rückerst. Ges. br. Zone); §§ 44 Abs. 1 u. 2, 45 Abs. 3 Wohnungseigentumsges. v. 15. 3. 1951; § 14 Vertragshilfeges. v. 26. 3. 1952; §§ 16, 19, 20 Abs. 2, 31 Landw. Verf. Ges. v. 21. 7. 1953.

4) JZ 1954, 17 ff.

5) Freiwillige Gerichtsbarkeit, 1. Buch 1955, § 21 III S. 216—220.

6) DNotZ 1952, 103 ff. und DNotZ 1954, 342 ff.

geben“ sich gerade auf das streitige Rechtsverhältnis bezieht⁷. Vielmehr kann das Zugeständnis der einen Partei auch einen außerhalb des streitigen Rechtsverhältnisses liegenden Punkt betreffen.

Für den Vergleich des *Zivilprozesses* wird allerdings bisweilen behauptet, der Vergleichsbegriff sei allein dem § 794 Abs. 1 Z. 1 ZPO und nicht auch dem § 779 BGB zu entnehmen⁸. Die praktische Bedeutung dieser Meinung liegt vor allem in einem Verzicht auf das Merkmal des gegenseitigen Nachgebens, wie es in § 779 BGB gefordert wird. Diese Meinung ist irrig und wird daher mit Recht von der herrschenden Lehre abgelehnt⁹. § 794 Abs. 1 Z. 1 ZPO will dem Vergleich die prozessuale Wirkung der Vollstreckbarkeit beilegen, setzt aber den Begriff des Vergleichs als solchen voraus. Dieser Begriff kann nur dem materiellen Recht entnommen werden. Der Gesetzgeber hätte sich anders und viel klarer ausgedrückt, wenn er dem von ihm verwendeten Wort „Vergleich“, das auch schon zur Zeit der Schaffung der Zivilprozeßordnung einen eindeutigen Sinn hatte, eine ganz neue Bedeutung hätte beilegen wollen.

Für die *freiwillige Gerichtsbarkeit* kann selbstverständlich ein spezifischer, vom materiellen Recht abweichender Vergleichsbegriff um so weniger angenommen werden, als das FGG, wie erwähnt, im Gegensatz zur ZPO überhaupt keine Vorschriften über den Vergleich enthält.

Ein Vergleich des im § 779 BGB bezeichneten Inhalts kann aber nur dann wirksam geschlossen werden, wenn die Vertragspartner die Verfügungsbefugnis über das Rechtsverhältnis, das im Vergleich geregelt wird, besitzen¹⁰. Diese Einschränkung ist unumgänglich, denn die Vergleichsbefugnis kann nicht über die zwingenden Schranken der Privatautonomie hinausreichen.

II. Die Voraussetzungen des Prozeßrechts

Mit diesen aus dem materiellen Recht abgeleiteten Vergleichserfordernissen wäre die Frage nach den Voraussetzungen der im Verfahren der fG geschlossenen Vergleiche beendet, wenn man dieselben *nur* als Verträge des *materiellen Rechts* ansehen könnte. *Dies ist auch in der Tat der Standpunkt der herrschenden Lehre*¹¹, wobei diese natürlich für diejenigen Fälle, in denen Vergleichsvergleiche ausdrücklich vorgesehen sind (s. o. N. 3), Ausnahmen machen muß.

Damit über die Problemstellung keine Zweifel aufkommen, bedarf es zunächst einmal der Klärung, wann überhaupt ein Vertrag materiellrechtlicher Natur und wann er prozeßrechtlicher Natur ist. Die Frage beantwortet sich nach der *Wirkung des Vertrags*¹². Ein Vertrag ist dann materiellrechtlicher Natur, wenn seine Wirkungen auf dem Gebiet des materiellen Rechts liegen, und er ist dann prozessualer Natur, wenn seine Wirkungen auf prozeßrechtlichem Gebiet liegen. Liegt die Rechtswirkung des Vertrags auf *beiden* Rechtsgebieten, so handelt es sich um einen Doppeltatbestand; solche Verträge sind dann sowohl materiellrechtlicher als auch prozeßrechtlicher, also gemischter Natur¹³. Dies gilt allgemein für die Frage der Zuordnung eines Vertrags zum materiellen Recht oder zum Verfahrensrecht, nicht etwa nur für die Frage der Zuordnung zum materiellen Recht oder zum Zivilprozeßrecht. Auch die Zuordnung des Vergleichs zum materiellen Recht oder zum Verfahrensrecht

7) RG Warn. 1930, Nr. 89; Palandt-Gramm, § 779 Anm. 3.

8) Z. B. Baumbach-Lauterbach, Anh. § 307 Z. 2 A; OLG Kassel, HRR 1936, Nr. 367.

9) Stein-Jonas-Schönke, § 794 Anm. II mit Hinweisen.

10) Staudinger-Kober, § 779 Anm. A IV e; Oertmann, § 779 Anm. 6.

11) Josef, Gruchots Beitr. 48, 557 ff., ferner Komm. z. FGG Anm. 1 a zu Art. 15—17 Preuß. FGG; Rosenberg, Lehrbuch des ZPR, 6. Aufl., § 128 I 2 b, hins. der 7. Aufl. vgl. N. 169 Abs. 2; Lent, StB, § 15 IV; Schlegelberger, § 12 Anm. 6 u. § 33 Anm. 1; Keldel, 5. Aufl., § 1 Anm. 2 a Abs. 3, anders jetzt aber die 6. Aufl., Vorb. 6 vor § 8; Baur, § 2 B IV 1 und § 21 III.

12) Schiedermaier, Vereinbarungen im Zivilprozeß, insb. S. 33—41, 172.

13) Schiedermaier, aaO S. 39/40.

der fG richtet sich also nach diesem Kriterium, das auf die Wirkungen des Vertrags abstellt.

Nichts anderes als eine bloß materiellrechtliche Wirkung des im Verfahren der fG geschlossenen Vergleichs meint auch die herrschende Lehre, wenn sie den Vergleich lediglich als einen Vertrag des materiellen Rechts ansieht¹⁴. Zum Unterschied von dem zivilprozessualen Vergleich sollen dem Vergleich des Verfahrens der fG keine prozessualen Wirkungen zukommen, von den gesetzlich normierten Ausnahmefällen abgesehen.

Streng genommen hat die Überlegung, ob das Prozeßrecht zu den materiellen Vergleichsvoraussetzungen noch spezielle prozeßrechtliche hinzuzufügen hat oder die materiellrechtlichen Voraussetzungen wenigstens modifiziert, erst Sinn, wenn feststeht, daß der Vergleich überhaupt ein prozessualer ist. Ist er es nicht, gehört er vielmehr nur dem materiellen Recht an, wie die herrschende Lehre behauptet, dann hat es naturgemäß bei den materiellrechtlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen sein Bewenden. Es besteht also zwischen der Frage nach den Zulässigkeitsvoraussetzungen und der Frage nach der Wirkung des im Verfahren der fG geschlossenen Vergleichs eine gewisse Wechselbeziehung¹⁵, die einerseits darin besteht, daß prozessuale Wirkungen nur eintreten können, wenn der Vergleich auch den Erfordernissen des Prozeßrechts genügt, umgekehrt aber darin, daß prozessuale Zulässigkeitsvoraussetzungen nur in Frage kommen, wenn die prozessuale bzw. gemischte Natur des Vergleichs feststeht, was von seinen Wirkungen abhängt.

Man könnte sich daher durchaus auf den Standpunkt stellen, daß die Untersuchung bereits an dieser Stelle aus logischen Gründen auf die Frage der Wirkungen des Vergleichs überzuspringen habe, um erst nach etwaiger Bejahung prozessualer Wirkungen auf die Voraussetzungsfrage zurückzukommen. Dem Bedürfnis nach systematischer Ordnung der Darstellung des Vergleichs entspricht es aber mehr, die Frage der Vergleichsvoraussetzungen zusammenhängend zu beantworten, wenn auch nicht zu verkennen ist, daß diese Beantwortung insoweit, als sie sich aus dem Prozeßrecht ableitet, zunächst auf einer Hypothese beruht, der Hypothese nämlich, daß dem Vergleich des Verfahrens der fG prozessuale Wirkungen zukommen. Die abschließende Voranstellung der Voraussetzungsfrage rechtfertigt sich letztlich auch gerade dadurch, daß ja nicht nur die Vergleichsvoraussetzungen von den Vergleichswirkungen abhängen, sondern auch die umgekehrte Abhängigkeit besteht: prozessuale Wirkungen kommen nur in Frage, wenn der Vergleich auch den prozessualen Voraussetzungen genügt.

In einer Beziehung lassen sich freilich die Voraussetzungs- und die Wirkungsfrage gar nicht ganz scharf trennen: Voraussetzung des Vergleichs als Vergleichsvergleich ist es, daß der Wille der Vertragsschließenden sich auf die Wirkungen, auch auf die prozessualen, bezieht. Denn auch für prozeßrechtliche Rechtsgeschäfte gilt der Satz, daß die (prozessualen) Wirkungen nur eintreten können, wenn der Parteiwille sich auf diese Wirkungen gerichtet hat¹⁶.

Worin besteht nun der Einfluß, den das Prozeßrecht zusätzlich zum materiellen Recht auf die Voraussetzungen des Prozeßvergleichs ausübt?

1. Parteifähigkeit, Prozeßfähigkeit

Keine praktische Bedeutung hat es, neben oder an Stelle der Rechtsfähigkeit (als materielle Voraussetzung) noch eine (prozessuale) Parteifähigkeit oder genauer gesagt: „Beteiligtenfähigkeit“ zu fordern. Denn die Beteiligten-

14) So ausdrücklich Keidel, aaO; aber auch die anderen in N. 11 genannten Autoren meinen offensichtlich nichts anderes.

15) Vgl. Schiedermaier, aaO S. 45, der die Wechselbeziehung zwischen Zulässigkeit und Wirkung allgemein für das Problem der Prozeßverträge klarstellt.

16) Schiedermaier, aaO S. 43 und 172.

fähigkeit in der fG stimmt stets mit der Rechtsfähigkeit überein¹⁷. Eine Ausnahmenvorschrift, wie sie § 50 Abs. 2 ZPO für den Zivilprozeß enthält, gibt es in der fG nicht.

Wichtiger ist dagegen die Frage des Verhältnisses zwischen Geschäfts- und Prozeßfähigkeit, d. h. der Fähigkeit eines Beteiligten, im Verfahren wirksam zu handeln. Dabei geht es beim Vergleich weniger um den Meinungsstreit, ob die „Prozeßfähigkeit“ der fG sich nach derjenigen des Zivilprozesses zu richten habe — so die überzeugend begründete Ansicht von Lent¹⁸ — oder nach der (materiellrechtlichen) Geschäftsfähigkeit, wie die herrschende Lehre annimmt¹⁹. Dieser Streit dreht sich im Ergebnis nur darum, ob es in der fG eine der beschränkten Geschäftsfähigkeit entsprechende „beschränkte Prozeßfähigkeit“ gibt, oder ob die Prozeßhandlungen beschränkt geschäftsfähiger Beteiligter von vornherein unheilbar wirkungslos sind. Für den Vergleich ist vielmehr vor allem bedeutsam, daß es in der fG Fälle gibt, in denen minderjährigen Personen ausnahmsweise ein selbständiges Antragsrecht eingeräumt worden ist. Beispiele hierfür sind § 1612 Abs. 1 S. 2 BGB und § 3 Abs. 3 Ehe-Ges. Folgerichtig muß in diesen Fällen wegen der gesetzlichen Ausnahmeregelung eine Prozeßfähigkeit der minderjährigen Antragssteller angenommen werden, gleichgültig, welchen Standpunkt man in dem erwähnten Meinungsstreit im allgemeinen vertritt. Dem Minderjährigen braucht daher für das Verfahren kein Pfleger bestellt zu werden²⁰. Fraglich ist nun aber, ob die Prozeßfähigkeit des Minderjährigen auch für den wirksamen Abschluß eines Verfahrensvergleichs ausreicht. Diese Frage ist zu verneinen. Der Verfahrensvergleich ist nicht nur ein Vertrag des Prozeßrechts, sondern auch ein solcher des materiellen Rechts, und es wäre nicht zu rechtfertigen, wollte man die prozessuale Sonderstellung auf die materiellrechtlichen Fähigkeiten in so einschneidender Weise einwirken lassen²¹. Bei dem *zivilprozessualen* Vergleich ist es richtig, im Falle einer Diskrepanz zwischen Geschäfts- und Prozeßfähigkeit die letztere als maßgebend zu bezeichnen²². Denn die Prozeßfähigkeit des Zivilprozesses stellt die *strenger* Anforderungen (sie verlangt nämlich die unbeschränkte Geschäftsfähigkeit), schließt also das materiellrechtliche Gegenstück, die Geschäftsfähigkeit, in jedem Falle ein, von der Ausnahmeregelung des § 50 Absatz 2 ZPO abgesehen. In den in Rede stehenden Sonderfällen der fG ist aber das materielle Recht strenger, da es einem Vertrag die *volle* Wirksamkeit erst mit der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters verleiht, sofern der Vertrag dem Minderjährigen nicht lediglich rechtliche Vorteile bringt (§§ 107, 108 BGB), was bei einem Vergleich mit Rücksicht auf das Erfordernis des beiderseitigen Nachgebens nicht der Fall ist. Daher bedarf ein Minderjähriger auch in denjenigen Verfahren der fG, in denen er prozeßfähig ist, für den Abschluß eines Verfahrensvergleichs der Mitwirkung seines gesetzlichen Vertreters. Sofern dieser Beteiligter in dem Verfahren und Vergleichskontrahent ist, muß wegen der §§ 181, 1630 Abs. 2 S. 1 und 1795 Abs. 2 BGB ein Pfleger bestellt werden (§1909 Abs. 1 S. 1 BGB). Die materielle Vergleichsvoraussetzung der Mitwirkung eines gesetzlichen Vertreters im Falle der nur beschränkten Geschäftsfähigkeit eines Beteiligten wird somit durch die in ge-

17) Lent, StB, § 9 I.

18) AAo § 9 II.

19) Vgl. Keidel, § 13 Anm. 8.

20) Keidel, § 13 Anm. 8 a. E.

21) Hierzu steht nicht im Widerspruch, daß im Zivilprozeß dem verklagten nicht rechtsfähigen Verein wegen § 50 Abs. 2 ZPO auch eine Vergleichsbefugnis zugesprochen wird; vgl. Rosenberg, Lehrbuch, § 128 III 2 a; Schiedermair, Vereinbarungen im Zivilprozeß, S. 189. Diese Gleichschaltung zwischen Partei- und Rechtsfähigkeit (im Zivilprozeß) wird durch den Halbsatz 2 des § 50 Abs. 2 ZPO ermöglicht.

22) Vgl. Schiedermair, aaO S. 189.

wissen Fällen bestehende volle Prozeßfähigkeit des Minderjährigen nicht beseitigt. Die strengere materielle Vergleichsvoraussetzung hat hier also nicht der milderen Verfahrensvoraussetzung zu weichen.

Die erwähnte Meinungsverschiedenheit zwischen Lent und der herrschenden Lehre gewinnt dagegen in den besprochenen Fällen, in denen gesetzlich ausdrücklich die Prozeßfähigkeit eines Minderjährigen angeordnet worden ist, keine Bedeutung. In den übrigen Fällen kann sie theoretisch zu der Frage führen, ob ein Vergleich genehmigungsfähig oder endgültig unwirksam ist, nämlich wenn ein beschränkt Geschäftsfähiger einen Verfahrensvergleich ohne Mitwirkung seines gesetzlichen Vertreters geschlossen hat. Solche Fälle werden jedoch kaum jemals vorkommen.

2. Regelung des Verfahrensgegenstandes kraft Dispositionsbefugnis über ihn

Die entscheidende prozessuale Vergleichsvoraussetzung ist das Erfordernis, daß der Vergleich, wenn er als Prozeßvergleich wirksam sein soll, sich auf den *Verfahrensgegenstand* beziehen, diesen also regeln muß. Das ist für den Vergleich des Zivilprozesses von der ganz überwiegenden Meinung anerkannt²³. Im Wortlaut des Gesetzes, vor allem in § 794 Abs. 1 Z. 1 ZPO, kommt dies schon vom Ausdruck. Das Erfordernis ist aber kein spezifisches des *zivilprozessualen* Vergleichs, sondern ein Merkmal jedes *Verfahrensvergleichs*²⁴. Auch für einen Vergleich im Verfahren der fG kann nichts anderes gelten, wenn er als *Verfahrensvergleich* im technischen Sinn angesehen werden soll. Ein Vergleich, der ohne Beziehung zum Verfahrensgegenstand steht, steht ohne Beziehung zum Verfahren überhaupt. Prozessuale Wirkungen scheiden dann von vornherein aus. Als Prozeßvergleich kommt er daher keinesfalls in Betracht.

Im Zivilprozeß ist freilich nicht der Ausdruck „Verfahrensgegenstand“, sondern der spezielle, auch vom Gesetz in § 794 Abs. 1 Z. 1 ZPO verwandte Ausdruck „Streitgegenstand“ üblich. Dieser Ausdruck kann in der fG zu Mißverständnissen führen. Bei dem farbloseren Ausdruck „Verfahrensgegenstand“ besteht die Gefahr derartiger Mißverständnisse nicht.

Es ist also festzustellen: nicht jeder Vergleich, der den Voraussetzungen des § 779 BGB genügt, kommt als Verfahrensvergleich im Verfahren der fG in Betracht, sondern nur ein Vergleich, der den Verfahrensgegenstand regelt.

Dabei sind freilich wie im Zivilprozeß zwei Einschränkungen zu machen:

1. Ein Verfahrensvergleich ist auch dann zulässig, wenn er nur einen *Teil* des Verfahrensgegenstandes regelt, sofern dieser Teil abtrennbar ist²⁵. Möglich ist also der Abschluß eines Teilvergleichs.

2. Der Verfahrensvergleich braucht sich nicht auf den Verfahrensgegenstand zu beschränken, sondern kann neben dem Verfahrensgegenstand auch prozeßfremde Punkte zugleich mit regeln²⁶. Der materiellrechtliche Satz, daß ein

23) Rosenberg, Lehrbuch, § 128 I 2 d; Bernhardt, Rechtsstreit (Grundriß), § 35 II; Lent, NJW 1950, 30; Tschischgale, JR 1951, 427.

24) Ob man vom „Verfahrensvergleich“ oder vom „Prozeßvergleich“ spricht, ist natürlich sachlich gleichbedeutend. Nur gebraucht man in der fG üblicherweise, um den Gegensatz zum Zivilprozeß zu unterstreichen, das Wort „Verfahren“, wenn auch damit im Grunde genommen noch überhaupt kein Unterschied zum Ausdruck gebracht wird, denn „Prozeß“ (von *procedere* = fortschreiten) bedeutet nichts anderes als „Verfahren“.

Wohl aber bedeutet es einen sachlichen Unterschied, ob man vom „Vergleich im Verfahren der fG“ spricht oder vom „Verfahrensvergleich“ (= Prozeßvergleich). Die erste Formulierung ist untechnisch und läßt die Frage, ob der Vergleich auch prozessuale Wirkungen hat, offen. Die Bezeichnung „Verfahrensvergleich“ (oder Prozeßvergleich) ist dagegen ein *terminus technicus*. Sie geht davon aus, daß dem Vergleich prozessuale Wirkungen zukommen.

25) Rosenberg, Lehrbuch, § 128 II 2 d; Schönke, Lehrbuch, § 53 V 4.

26) Rosenberg, aaO; Schönke, Lehrbuch, § 53 V 4; Lent, NJW 1950, 30; Baumbach-Lauterbach, Anh. § 307 Z. 2 B.

Vergleich auch außerhalb des streitigen Rechtsverhältnisses liegende Punkte einbeziehen kann (s. o. zu N. 7), erfährt also für den Prozeßvergleich eine prozeßrechtliche Ergänzung dahin, daß die einbezogenen Punkte auch außerhalb des Verfahrensgegenstandes liegen dürfen. Sie müssen freilich einen integrierenden Bestandteil des Vergleichs bilden, also wirklich in das beiderseitige Entgegenkommen funktionell eingewoben sein²⁷.

Die Notwendigkeit, daß ein Verfahrensvergleich den Verfahrensgegenstand regeln muß, wenn auch gegebenenfalls nur zum Teil oder unter Einbeziehung weiterer Punkte, bringt es mit sich, daß der Vergleich eine *Verfügungsfähigkeit* der Vertragsschließenden über den Verfahrensgegenstand voraussetzt²⁸. Nicht nur das materielle Recht, sondern auch das Prozeßrecht stellt also das Erfordernis einer Dispositionsbefugnis auf. Die folgenden Erörterungen werden zeigen, ob beide Merkmale stets zusammenfallen^{28a}.

a) Dispositionsbefugnis und § 12 FGG

Noch bevor auf den Begriff des Verfahrensgegenstandes in der fG einzugehen ist, muß die Frage gestellt werden, ob eine Verfügungsbefugnis der Beteiligten nicht bereits an § 12 FGG scheitert. § 12 FGG normiert für das Verfahren der fG den sogenannten Untersuchungsgrundsatz (Inquisitionsmaxime). Sein Gegensatz ist der Verhandlungsgrundsatz, wonach die Beibringung und die Feststellung des Tatsachenmaterials der Initiative der Beteiligten überlassen bleibt²⁹. Von diesem Gegensatzpaar zu trennen ist aber das Gegensatzpaar Dispositionsmaxime (Grundsatz der Verfügungsfreiheit) und Officialmaxime. Unter der Dispositionsmaxime faßt man mehrere prozessuale Regeln zusammen, u. a., daß die richterliche Tätigkeit nur auf Antrag (bzw. Klage) einsetzt und die Beteiligten die Grenzen der richterlichen Prüfung und Entscheidung durch ihre Anträge bestimmen, ferner, daß sie den Rechtsstreit durch Rücknahme des Antrags bzw. der Klage beenden können³⁰. Aber auch gerade die hier interessierende Befugnis, einen Verfahrensvergleich zu schließen, ist ein Merkmal der Dispositionsmaxime³¹. Im Herrschaftsbereich der Officialmaxime fehlen derartige Befugnisse der Beteiligten; hier ist das Verfahren von Amts wegen einzuleiten und zu führen.

Meistens trifft nun zwar der Verhandlungsgrundsatz mit der Dispositionsmaxime und der Untersuchungsgrundsatz mit der Officialmaxime zusammen, notwendig ist dies aber nicht³². Daher ist durch den § 12 FGG, der dem Untersuchungsgrundsatz Geltung verschafft hat, nur dessen Gegensatz, der Verhandlungsgrundsatz, ausgeschlossen, noch nicht aber die Dispositionsmaxime, die auch die Vergleichsbefugnis umschließt. Deshalb wird in der Literatur mit Recht betont, daß die Frage, wie sich das Gericht seine Entscheidungsgrundlagen beschaffen muß (Alternative: Verhandlungs- oder Untersuchungsgrundsatz), nichts mit der Frage zu tun hat, ob das Gericht überhaupt zu entscheiden hat³³. Gerade auch für den Verfahrensvergleich ist dies wichtig, der es ja zu einer

27) Vgl. RGZ 48, 183/188.

28) Rosenberg, aaO § 128 I 2 d; Lent, Kurzlehrbuch des ZPR, § 45 II; Tschischgale, JR 1951, 427. Für den verwaltungsgerichtlichen Vergleich sagen dies die verschiedenen Verwaltungsgerichtsgesetze sogar ausdrücklich: § 99 VGGe am. Z., § 68 MRVO Nr. 165 (br. Z.), § 90 VGG Rhld.-Pfalz.

28a) S. vor allem S. 24, dort auch N. 51, und S. 35.

29) Lent, aaO § 8 I 2; Rosenberg, aaO § 63 II.

30) Lent, aaO § 7 IX; Rosenberg, aaO.

31) Sauer, Allgemeine Prozeßrechtslehre, § 6 I 3 c; Rosenberg, aaO; Kleinfeller, Lehrbuch des ZPR, § 57 S. 180.

32) Sauer, aaO § 6 I 3.

33) de Boor, Judicium I, 279; Habscheid, ZJP 66, 199.

richterlichen Entscheidung gar nicht kommen läßt, folglich durch den in § 12 normierten Untersuchungsgrundsatz nicht ausgeschlossen sein kann³⁴.

Unrichtig wäre es aber, wollte man die Frage nach der Vergleichsbefugnis mit der Frage nach der Geltung der Dispositionsmaxime schlechthin identifizieren. Die verschiedenen prozessualen Regeln, die unter dem Begriff der Dispositionsmaxime zusammengefaßt werden, brauchen nämlich durchaus nicht immer sämtlich nebeneinander zu gelten. Die Dispositionsbefugnis ist also keineswegs unteilbar. Daher wäre es voreilig, in denjenigen Angelegenheiten der fG, in denen eine gerichtliche Tätigkeit nur auf Antrag stattfinden kann, von vornherein die Geltung der Dispositionsmaxime im Ganzen zu bejahen. Wohl ist bereits das Antragerfordernis eine Erscheinungsform der Dispositionsmaxime, doch ist mit dem Antragerfordernis noch nicht gesagt, daß in dem betreffenden Verfahren auch ein Verfahrensvergleich möglich ist, nur weil auch er ein Merkmal der Dispositionsmaxime ist.

Kann somit nicht einfach davon ausgegangen werden, daß jedes Antragsverfahren auch vergleichsfähig sei, so besteht ein Zusammenhang doch insofern, als *nur* Antragsachen für Verfahrenvergleiche in Frage kommen, jedenfalls in der ersten Instanz³⁵. Wenn nämlich das Verfahren von Amts wegen eingeleitet und betrieben werden kann, dann bedeutet dies die Herrschaft der *Offizialmaxime* und damit den Ausschluß ihres Gegenteils, der Dispositionsmaxime, einschließlich der ihr zugehörigen Vergleichszulässigkeit. Insoweit ist eine „Teilung“ der Offizialmaxime, wie sie oben in gewissem Umfang entsprechend für die *Dispositionsmaxime* als möglich anerkannt wurde, ausgeschlossen. Die Frage, „ob“ das Gericht überhaupt zu entscheiden hat, ist in amtswegigen Verfahren dem Parteiwillen entzogen. Es macht dabei rechtlich keinen Unterschied, ob im konkreten Fall das Gericht wirklich von sich aus ein Verfahren eingeleitet hat oder auf den „Antrag“ eines Beteiligten hin, dem in diesen Fällen rechtlich nur die Bedeutung einer Anregung zukommt, nicht aber die Bedeutung einer bestimmenden, das Verfahren einleitenden Prozeßhandlung. Mag auch in den Fällen, in denen ein amtswegiges Verfahren durch die Anregung eines Beteiligten ausgelöst wurde, das Gericht oft keinen Anlaß für eine Weiterverfolgung der Angelegenheit sehen, sofern dieser Beteiligte die „Zurücknahme“ seines „Antrags“ erklärt oder sonstwie das

34) Darin, daß beim Verfahrensvergleich eine gerichtliche Entscheidung nicht mehr ergeht, liegt der entscheidende Unterschied gegenüber dem prozessualen Verzicht und dem Anerkenntnis, wie sie in den §§ 306 und 307 ZPO geregelt sind. Deshalb spielt § 12 FGG bei der Frage, ob in der fG ein prozessualer Verzicht oder ein prozessuales Anerkenntnis nach Art des Zivilprozesses möglich ist, eine wesentlich größere Rolle als bei der gleichen Frage für den Verfahrensvergleich. Würde der Richter der fG gezwungen sein, entsprechend dem Anerkenntnis oder Verzicht zu entscheiden, dann wäre der Satz, daß er für seine Entscheidungsgrundlagen verantwortlich ist (§ 12 FGG), durchbrochen. Insofern ist es durchaus richtig, daß Lent (Kurz-Lehrbuch des ZPR, § 7 IX letzter Absatz und § 8 VII) die Möglichkeit des prozessualen Verzichts und Anerkenntnisses in Zusammenhang mit dem *Verhandlungsgrundsatz* bringt und nicht, wie es oft geschieht (vgl. Rosenberg, Lehrbuch, § 63 II; Sauer, Allgemeine Prozeßrechtslehre, § 6 I 3), als reinen Ausfluß der Dispositionsmaxime ansieht. Streng genommen läßt sich die eigenartige Institution des prozessualen Verzichts oder Anerkenntnisses als das Gericht zu bestimmten Entscheidungen zwingende Prozeßhandlungen weder exakt dem Verhandlungs- noch dem Dispositionsgrundsatz unterordnen. Aus diesem Grund ist es bedenklich, daß Baur (Freiwillige Gerichtsbarkeit, § 18 III 2 b bb S. 187) aus dem Umstand, daß in gewissen sondergesetzlich geregelten Verfahren der fG Verfahrensvergleiche ausdrücklich zugelassen worden sind (vgl. o. N. 3) und damit eine gewisse Dispositionsbefugnis der Beteiligten anerkannt worden ist, auch die Zulässigkeit eines prozessualen Verzichts oder Anerkenntnisses herleitet. Bei richtiger Betrachtung schließt § 12 FGG die Möglichkeit eines prozessualen Verzichts oder Anerkenntnisses aus, während er einem Verfahrensvergleich nicht im Wege steht.

35) Ob in Angelegenheiten, die *keine* Antragsachen sind, Verfahrensvergleiche wenigstens mit Hilfe einer Rechtsmittelrücknahme oder eines Rechtsmittelverzichts möglich sind, wird unten im Rahmen des Abschnitts E behandelt werden.

Verfahren beizulegen sucht, so ist der Abschluß des Verfahrens dennoch ausschließlich Sache des Gerichts und niemals durch Parteihandlungen irgendwelcher Art ersetzbar.

b) Der Begriff des Verfahrensgegenstandes in der freiwilligen Gerichtsbarkeit

Im Zivilprozeß stellt die Frage nach dem Verfahrensgegenstand (Streitgegenstand) eines der am meisten umstrittenen Probleme dar. Dies ist verständlich, wenn man sich die vielfache Bedeutung des Streitgegenstandes für den Zivilprozeß vergegenwärtigt. Vor allem für die Rechtshängigkeit, die Klageänderung und die sachlichen Grenzen der Rechtskraft gewinnt er entscheidende Bedeutung³⁶, denn Rechtshängigkeit und Rechtskraft reichen nur so weit wie der Streitgegenstand reicht und eine Klageänderung setzt eine Änderung des Streitgegenstandes voraus³⁷. Aber auch für gewisse andere Fragen, etwa der Zulässigkeit einer Widerklage³⁸, wird der Begriff des Streitgegenstandes bedeutsam.

Für die Vergleichszulässigkeit ist der Begriff des Streitgegenstandes kein anderer als für die erwähnten Fälle³⁹. Wenn dennoch die Problematik des Begriffs im Rahmen des Vergleichs im allgemeinen nicht in Erscheinung tritt, so dürfte dies seinen Hauptgrund darin haben, daß der Vergleich sich ja, wie bereits erwähnt wurde, nicht auf den Streitgegenstand zu beschränken braucht, so daß die Frage nach der Reichweite des Streitgegenstandes für den Vergleich kaum praktisch wird. Obgleich nun darin, daß der Vergleich den Streitgegenstand zwar betreffen, sich aber nicht auf ihn beschränken muß, zwischen Zivilprozeß und freiwilliger Gerichtsbarkeit kein Unterschied besteht, ergeben sich dennoch in der letzteren aus der Frage nach dem Verfahrensgegenstand für die Vergleichszulässigkeit gewisse Probleme, die im Zivilprozeß nicht auftreten.

Im Zivilprozeß sieht eine verbreitete Meinung den Streitgegenstand in der vom Kläger aufgestellten Rechtsbehauptung⁴⁰, also in der Behauptung des Klägers, daß ihm ein der begehrten Entscheidung entsprechendes materielles Recht zur Seite stehe. Darum, ob diese Rechtsbehauptung zutrifft oder nicht, dreht sich nach dieser Ansicht der Streit. Die fG aber hat es überwiegend mit *Gestaltungssachen* zu tun. Zwar kennt auch der Zivilprozeß Gestaltungsprozesse, etwa den Ehescheidungsprozeß. Diese Gestaltungsprozesse lassen sich jedoch der Lehre von der Rechtsbehauptung als Streitgegenstand einfügen, sofern man mit der herrschenden Lehre⁴¹ annimmt, daß auch in diesen Gestaltungsprozessen ein materielles Recht des Klägers die Grundlage bildet, nämlich ein materielles, privatrechtliches Gestaltungsrecht. Freilich muß auch die herrschende Lehre anerkennen, daß es gewisse Gestaltungsprozesse gibt, in denen ein privatrechtliches Gestaltungsrecht nicht in Frage kommt, nämlich das Entmündigungs- und das Aufgebotsverfahren⁴². Doch handelt es sich bei diesen beiden Verfahrensarten um Fälle, die nur aus besonderen gesetzgeberischen Erwägungen heraus, ohne daß hierzu dem Wesen dieser Angelegenheiten nach eine Notwendigkeit bestanden hätte, seinerzeit in den Zivil-

36) Lent, ZZP 65, 315; Rosenberg, Lehrbuch, § 88 II 3.

37) Daß nach überwiegender Meinung auch ein Partewechsel als Klageänderung bezeichnet wird (vgl. RGZ 108, 351; Stein-Jonas-Schönke, § 268 II; a. M. Baumbach-Lauterbach, § 264 Anm. 2 C), kann hier unberücksichtigt bleiben. Grundsätzlich ist die Klageänderung jedenfalls eine Änderung des Streitgegenstandes.

38) Lent, ZZP 65, 316.

39) Vgl. Rosenberg, Lehrbuch, § 128 I 2 d, der für den Begriff des Streitgegenstandes im Rahmen des Vergleichs auf § 88 II 2 des Lehrbuchs verweist, wo der Begriff des Streitgegenstandes ganz allgemein erörtert wird.

40) Nikisch, Der Streitgegenstand im Zivilprozeß, insb. S. 14; Schönke, Lehrbuch, § 47 I; Lent, ZZP 65, 318; Habscheid, Streitgegenstand, S. 141.

41) Lent, ZZP 66, 270; Rosenberg aaO § 87 I 2; Schönke, aaO § 44 IV 2; de Boor, Judicium I, 272.

42) Lent, ZZP 66, 275 und 276.

prozeß übernommen wurden⁴³. Diese beiden Fälle können daher als atypische Gestaltungszivilprozesse bei der Erörterung des Streitgegenstandes unberücksichtigt bleiben. Für die typischen Gestaltungszivilprozesse gilt aber, wenigstens nach der herrschenden Lehre, daß der Kläger in ihnen ein materielles, privatrechtliches Gestaltungsrecht behauptet, so daß auch für die Gestaltungszivilprozesse die Durchführung der bezeichneten Lehre möglich ist, wonach der Streitgegenstand in der Rechtsbehauptung des Klägers zu finden ist.

Schwieriger liegt es in den Gestaltungssachen der fG. Für diese behauptet Lent⁴⁴, daß ein privates Gestaltungsrecht hier *stets* fehle. Daher sieht Lent gerade hinsichtlich des Verfahrensgegenstandes zwischen Zivilprozeß und fG einen grundsätzlichen Unterschied als gegeben an. Die für den Zivilprozeß notwendige Rechtsbehauptung des Klägers falle in der fG fort, da kein Beteiligter sich ein Recht auf die Gestaltung zuschreiben könne. Lent kommt daher für die fG zu einem anderen Verfahrensgegenstand, und zwar sieht er ihn in der „Frage, ob das Gericht eine gewisse Gestaltung vornehmen kann, darf und soll“, aber ohne die Grundlage oder Voraussetzung eines privaten Rechts auf die Gestaltung.

Ob und in welchem Umfang in den Angelegenheiten der fG Privatrechte bestehen, wird später noch im Zusammenhang zu behandeln sein. Jedenfalls kann schon hier festgestellt werden, daß es in der Tat in der fG Gestaltungssachen gibt, in denen ein subjektives Gestaltungsrecht fehlt, ohne daß diese Fälle als atypische Fälle der fG bezeichnet werden könnten. Als Beispiele hierfür sollen das Vertragshilfeverfahren und das Verfahren nach der 6. DVO zum Ehegesetz genannt werden. Ein Recht des Schuldners gegen seinen Gläubiger auf Vertragshilfe kann nicht angenommen werden, da nicht ersichtlich wäre, worauf es beruhen sollte. Allenfalls könnte ein Recht des Schuldners gegen den Staat auf Vertragshilfe angenommen werden, doch wäre ein solcher Anspruch keine Grundlage für eine Rechtsbehauptung des Schuldners im Sinne der Lehre über den Streitgegenstand; denn die Rechtsbehauptung bezieht sich ja auf ein privatrechtliches Recht gegen die andere Partei. Ebenso wenig kann für das Verfahren nach der 6. DVO zum Ehegesetz ein subjektives Recht des einen Ehegatten gegen den anderen angenommen werden. Peters⁴⁵ meint zwar, die 6. DVO zum Ehegesetz habe einen neuartigen, von den §§ 749 ff. BGB abweichenden materiellrechtlichen Auseinandersetzungsanspruch geschaffen, der sich im wesentlichen auf Treu und Glauben gründe; der Richter, der den Hausrat verteile, gestalte also kein neues Recht, sondern formuliere nur das, was auch, nur mit größeren Schwierigkeiten, als Klageantrag formuliert werden könnte. Dieser Anschauungsweise steht aber entgegen, daß der Richter bei der Verteilung nach billigem Ermessen und nach Zweckmäßigkeit entscheidet. Damit verbietet sich nicht nur vor der richterlichen Teilungsanordnung die Anerkennung eines Anspruches auf eine bestimmte Auseinandersetzung, sondern es erscheint auch als unrichtig, nach der Teilung zu sagen, auf die vollzogene Auseinandersetzung habe ein Anspruch bestanden und der genaue Inhalt dieses Anspruches sei jetzt erst durch die richterliche Verfügung festgestellt worden. Eine solche Betrachtung ex post wäre nicht nur unrichtig, sondern auch ohne jede praktische Bedeutung. Man kann ferner nicht etwa sagen, es bestehe ein Anspruch auf Auseinandersetzung schlechthin, also ein Anspruch mit unbestimmtem Inhalt. Denn der Richter braucht überhaupt nicht auseinanderzusetzen, sondern kann, etwa wenn die gesamte Einrichtung von dem einen Ehegatten eingebracht worden ist und der andere Ehegatte kein anerkanntes Bedürfnis auf Zuweisung irgendwelcher Gegenstände hat, den Antrag

43) Lent, aaO; Münzel, ZZP 66, 335–337.

44) ZZP 66, 271.

45) MDR 1952, 139.

dieses Ehegatten auf Auseinandersetzung einfach abweisen. Selbstverständlich könnte hier auch nicht die Konstruktion helfen, der Richter stelle erst im Verfahren auf Grund seiner Ermessungserwägungen fest, ob überhaupt ein Auseinandersetzungsanspruch gegeben ist. Wenn für eine solche „Feststellung“ ein Ermessensspielraum besteht, dann beweist dies eben, daß ein „Anspruch“ auf Auseinandersetzung nicht vorhanden ist. Die Konstruktion eines Anspruches auf fehlerfreie richterliche Ermessensausübung kann hier nicht weiterhelfen; sie würde lediglich als subjektives öffentliches Recht gegen den Staat verstanden werden können, nicht aber als privates Recht des einen Beteiligten gegen den anderen.

In diesen beiden Gestaltungssachen der fG (Vertragshilfe und Hausrats- oder Wohnungsteilung) kann also der Verfahrensgegenstand mangels eines subjektiven Gestaltungsrechts nicht in einer Rechtsbehauptung des Antragsstellers liegen. An die Stelle der Frage, ob die Rechtsbehauptung des Antragsstellers richtig ist, muß hier also in der Tat, wie Lent meint, die Frage treten, ob das Gericht eine Gestaltung vornehmen darf und soll.

Hier aber könnten sich nun Zweifel hinsichtlich der Vergleichszulässigkeit einstellen. Der Vergleich muß sich ja auf den Streitgegenstand beziehen, und die Beteiligten müssen demzufolge über diesen dispositionsbefugt sein. Wenn die Gestaltung lediglich ein Recht und eine Pflicht des Gerichts, aber ohne die Grundlage eines privaten Rechts eines Beteiligten auf die Gestaltung ist, liegt die Annahme nahe, daß den Beteiligten auch keine Dispositionsbefugnis über den Streitgegenstand zustehen kann. Freilich sind gerade in den besprochenen beiden Fällen Vergleiche vom Gesetz ausdrücklich für zulässig erklärt und auch mit der prozessualen Wirkung der Vollstreckbarkeit versehen worden (§ 14 VertrHG; §§ 13 Abs. 2, 16 Abs. 3 der 6. DVO/EheG). Das ist aber noch kein beweiskräftiges Gegenargument; es ließe sich ebensogut sagen, daß der Gesetzgeber gerade deshalb die Zulässigkeit eines Verfahrensvergleichs habe anordnen müssen, weil ohne eine solche Anordnung eben ein Verfahrensvergleich in den beiden Angelegenheiten nicht denkbar sei, da die Beteiligten über den Verfahrensgegenstand keine Verfügungsbefugnis hätten. Tatsächlich wird ein solcher Gedanke auch von Mathieu⁴⁶ geäußert.

Aber dieser Schluß kann nicht richtig sein. Denn letzten Endes sind es doch reine Privatrechte, die im Ergebnis gestaltet werden, nämlich die Forderung des Gläubigers gegen den Schuldner bzw. das Eigentum oder sonstige Rechte am Hausrat! „Privatrechte sind Gegenstand der Gestaltung, wenn auch nicht auf der Grundlage privatrechtlichen Gestaltungsrechts“⁴⁷. Hier sagt schon das Rechtsgefühl, daß den Beteiligten eine vergleichsweise Beilegung des Verfahrens auch dann nicht verwehrt werden könnte, wenn das Gesetz es nicht ausdrücklich erlaubte. Denn sollte den Parteien, um deren subjektive Rechte es doch schließlich geht, eine vergleichsweise Beilegung des Verfahrens wirklich nur deshalb versagt bleiben, weil der Gesetzgeber auf die Konstruktion eines privaten Gestaltungsrechts verzichtet hat?

Dieses Ergebnis wäre nicht nur befremdlich, es wäre auch falsch. Es würde nämlich auf einer Ungenauigkeit des bisher entwickelten Begriffs des Verfahrensgegenstandes beruhen. Auch die zivilprozessuale Lehre, welche den Verfahrensgegenstand (Streitgegenstand) in der Rechtsbehauptung des Klägers sieht, ist ungenau, oder besser gesagt: unvollständig. Gegen diese Lehre wird neuerdings mit Recht — vor allem von Böttcher — geltend gemacht, daß bei Gestaltungsprozessen mit der Rechtsbehauptung das Wesen des Streitgegenstandes nicht erschöpfend gekennzeichnet sei. Bei Gestaltungsprozessen komme man nicht darum herum, den Streitgegenstand *nach dem begehrt*

46) DNotZ 1953, 379.

47) So treffend Lent, ZZP 66, 279.

*Rechtsschutzziel auszurichten*⁴⁸. Denn wie Bötticher überzeugend ausführt, muß man sich beim Gestaltungsprozeß vergegenwärtigen, daß ein Bruch vollzogen wird zwischen dem, was war, und dem, was in Zukunft sein wird. Die Lehre von der Rechtsbehauptung als Streitgegenstand wird diesem Umstand nicht gerecht; sie kann daher nur für die „bruchlosen“ Prozesse richtig sein, die der Feststellung gelten, welche Rechtslage in dem für das Urteil maßgebenden Zeitpunkt bereits bestand. Bei den Gestaltungsprozessen ist es dagegen unumgänglich, für den Begriff des Streitgegenstandes nicht nur auf die Rechtsbehauptung, sondern auch darauf abzustellen, welchen Inhalt das angestrebte Urteil haben soll. Bei dem Ehescheidungsprozeß beispielsweise ist Streitgegenstand also nicht so sehr das Gestaltungsrecht, sondern in erster Linie die (im Urteil auszusprechende) Scheidung.

Aus dieser für den Zivilprozeß erarbeiteten Erkenntnis heraus ist aber auch der oben gegebene Begriff des Verfahrensgegenstandes für die Gestaltungssachen der fG zu revidieren. Nicht nur die Frage, ob das Gericht eine bestimmte Gestaltung vornehmen darf und soll, ist Gegenstand des Verfahrens, sondern auch und in erster Linie diese Gestaltung selbst. Damit aber zeigt sich, daß auch in solchen Gestaltungssachen der fG, in denen ein subjektives Gestaltungsrecht des einen Beteiligten gegen den anderen fehlt, der Verfahrensgegenstand bei der Vertragshilfe z. B. gehört das begehrte Ziel, also die Herabsetzung oder Stundung der Forderung; dieses Ziel unterliegt aber fraglos der Beteiligtendisposition. Daneben freilich wird man als Verfahrensgegenstand auch die Frage bezeichnen können, ob das Gericht die Gestaltung vornehmen darf und soll, entsprechend wie man für den Gestaltungsprozess die Rechtsbehauptung als Streitgegenstand nicht völlig fallen lassen kann⁴⁹, sondern nur berücksichtigen muß, daß der Streitgegenstand sich in der Rechtsbehauptung nicht erschöpft, sondern das Ziel, die Gestaltung der Rechtslage als Prozeßergebnis, den eigentlichen Kern des Streitgegenstandes bildet. Für die Dispositionsbefugnis ist dieser Kern des Streitgegenstandes entscheidend.

In denjenigen Gestaltungssachen der fG, in denen private Gestaltungsrechte vorhanden sind, bestehen keine Bedenken, als Verfahrensgegenstand zunächst wie im Zivilprozeß eine Rechtsbehauptung des Antragsstellers zu bezeichnen⁵⁰, also nicht die Frage, ob das Gericht eine Gestaltung vornehmen darf und soll. Jedoch gehört auch in diesen Fällen das Verfahrensergebnis mit zum Verfahrensgegenstand als sein für die Dispositionsbefugnis entscheidender Bestandteil, wenn diese Feststellung hier auch nicht die gleiche praktische Bedeutung

⁴⁸ Bötticher, in „Festschrift für Leo Rosenberg“ (1949), insb. S. 86; zustimmend Blomeyer, ZJP 65, 57 ff., Schwab, ZJP 65, 107 und Rosenberg, Lehrbuch (5. und 6. Auflage), § 88 II 2 zu N. 1.

⁴⁹ Die in N. 48 genannten Schriftsteller sind in der Formulierung darüber, ob das Rechtsschutzbegehren, also das Rechtsschutzziel, als Streitgegenstand in Gestaltungsprozessen neben die Rechtsbehauptung tritt oder sie überhaupt ersetzt, nicht ganz einheitlich. Während man Bötticher im zweiten Sinn verstehen kann, sind Blomeyer und Schwab der ersten Ansicht. Diese erste Ansicht verdient auch den Vorzug. Es ist nicht zu verkennen, daß der Streit zunächst einmal um die Frage geht, ob dem Kläger ein Gestaltungsrecht zur Seite steht. Aber der Begriff des Streitgegenstandes ist eben unvollständig, wenn er nicht auch das begehrte Rechtsschutzziel mit umfaßt, und auf diesem Rechtsschutzziel liegt sogar hinsichtlich der Dispositionsbefugnis das Schwergewicht des Streitgegenstandes.

⁵⁰ So Habscheid, Beiträge zur Lehre vom Streitgegenstand im Zivilprozeß und im Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, § 16 (S. 222 ff.). Habscheid untersucht den Verfahrensgegenstand nur für die sog. echten Streitverfahren der fG. Er sieht ihn in allen diesen Fällen in der Rechtsbehauptung des Antragsstellers, also auch in den Gestaltungssachen. Darin liegen allerdings zwei Ungenauigkeiten. Einmal ist die Annahme unrichtig, daß allen sog. echten Streitverfahren, auch den Gestaltungssachen, subjektive Rechte eines oder mehrerer Beteiligter zugrundeliegen. Zum anderen muß der Begriff des Verfahrensgegenstandes für die Gestaltungssachen, auch soweit in ihnen wirklich subjektive Rechte der Antragssteller in Rede stehen, durch Einbeziehung des Rechtsschutzzieles vervollständigt werden.

hat wie in den Gestaltungssachen ohne subjektives Recht, in denen man ohne Einbeziehung des Verfahrensergebnisses eine Dispositionsbefugnis der Beteiligten über den Verfahrensgegenstand niemals bejahen könnte.

Schließlich gibt es aber auch Angelegenheiten der fG, in denen private Rechte eines Beteiligten durchgesetzt werden sollen, die keine Gestaltungssachen, sondern „Leistungssachen“ nach Art der Leistungsklage des Zivilprozesses sind. Beispiele hierfür bilden das Rückerstattungsverfahren und die noch unten zu besprechenden Verfahren nach § 166 Abs. 3 und § 338 Abs. 3 HGB in Verbindung mit § 145 FGG. In diesen Fällen ist Verfahrensgegenstand *nur* die Rechtsbehauptung des Antragstellers. Eine Einbeziehung des Verfahrensergebnisses ist hier nicht notwendig und würde sogar irreführen.

Der Begriff des Verfahrensgegenstandes zeigt, daß er mit dem zu gestalten- den oder sonstwie zu regelnden Rechtsverhältnis im Zusammenhang steht. Unrichtig wäre es aber, das materielle Rechtsverhältnis selbst als Verfahrensgegenstand anzusehen⁵¹. Das Verhältnis zwischen Verfahrensgegenstand und materiellem Rechtsverhältnis ist beim Vergleichsverfahren deshalb besonders wesentlich, weil neben dem prozessualen Erfordernis der Beziehung des Vergleichs auf den Verfahrensgegenstand ja das materielle Erfordernis der Beseitigung des Streites oder der Ungewißheit über ein Rechtsverhältnis besteht. Dabei genügt nicht etwa die Regelung irgendeines Rechtsverhältnisses, vielmehr liegt ein Vergleich nur vor, wenn Verfahrensgegenstand und Rechtsverhältnis miteinander verknüpft sind, entweder in der Weise, daß ein subjektiver Anspruch geltend gemacht wird, auf den sich die Rechtsbehauptung bezieht, oder in der Weise, daß die Gestaltung desjenigen Rechtsverhältnisses, über das der Streit oder die Ungewißheit herrscht, in Rede steht⁵².

c) Überwiegendes öffentliches Interesse als Schranke der Dispositionsbefugnis

Der Begriff des Verfahrensgegenstandes hat notwendigerweise stets den Ansatz für die Frage, ob eine Dispositionsbefugnis über ihn besteht, zu bieten. Jedoch ist es mit dem Begriff noch nicht getan. Ob der Verfahrensgegenstand in dem erörterten Sinn dispositionsfähig ist, kann sich — unmittelbar oder mittelbar — aus dem Gesetz ergeben, wobei Anhaltspunkte der verschiedensten Art bestehen können. Fehlen gesetzliche Anhaltspunkte, so kommt es darauf an, ob im Einzelfall *öffentliche Interessen* eingreifen. Das kann auch bei privatrechtlichen Streitigkeiten der Fall sein. Das öffentliche Interesse ist aber als Schranke privater rechtsgeschäftlicher Freiheit allgemein anerkannt⁵³. In der fG, in der öffentliches und privates Interesse sehr häufig ineinandergreifen, wäre es aber unrichtig, einfach zu fragen, ob im konkreten Fall privates oder öffentliches Interesse in Rede stehe. Es muß entscheiden, welches Interesse *überwiegt*.

51) Für die Frage der Dispositionsbefugnis würde diese Auffassung zwar regelmäßig zum gleichen Ergebnis führen, da — um den Hauptfall der Gestaltungssachen herauszugreifen — das Ziel eines Verfahrens regelmäßig dann der Beteiligungsdiskposition unterliegt, wenn ihr das Rechtsverhältnis selbst untersteht. Hiervon gibt es jedoch Ausnahmen, wie das noch zu besprechende Genehmigungsverfahren zeigen wird, in dem das Verfahrensergebnis (die Genehmigung) nicht dispositionsfähig ist, obwohl die Beteiligten das materielle Rechtsverhältnis, auf das die Genehmigung sich bezieht, aufheben oder ändern können. Im übrigen erhält die (allgemein anerkannte) Auffassung, daß Streit- bzw. Verfahrensgegenstand nicht das materielle Rechtsverhältnis selbst ist, große Bedeutung in der praktisch wichtigsten Konsequenz des Begriffes, nämlich in der allerdings beim Vergleich keine Rolle spielenden Frage, wann „dieselbe Sache“ vorliegt.

52) In aller Regel ergibt sich eine solche Verknüpfung ohne weiteres aus dem Wesen der Sache. In besonders gelagerten Fällen kann die Erkenntnis, daß eine Verknüpfung zwischen Verfahrensgegenstand und Rechtsverhältnis in dem beschriebenen Sinn notwendig ist, jedoch auch praktische Bedeutung gewinnen. Über einen Sonderfall dieser Art s. u. S. 52/53.

53) Vgl. etwa Schiedermair, Vereinbarungen im Zivilprozeß, S. 58 und S. 82/83.

d) Der Fall des § 2227 BGB

Die Erkenntnis, daß bisweilen auch in solchen Gestaltungssachen der fG, denen keine subjektiven Gestaltungsrechte zugrundeliegen, eine Disposition über den Verfahrensgegenstand möglich ist, zeigt keineswegs nur, daß in den Fällen der Vertragshilfe und der Hausratsteilung, die als Ausgangspunkt für die Erörterung herangezogen wurden, ein Vergleichsverfahren auch ohne ausdrückliche Gestattung denkbar wäre. In diesem Falle hätte die Untersuchung nur theoretisches Interesse. Vielmehr folgt aus ihr die Zulässigkeit eines Vergleichsverfahrens auch in gewissen anderen Gestaltungssachen der fG, in denen es an einem privaten Gestaltungsrecht des einen Beteiligten gegen den anderen fehlt und in denen ein Vergleich *nicht* wie im Vertragshilfe- und Hausratsverfahren gesetzlich ausdrücklich zugelassen ist.

Ein wichtiger hierher gehöriger Fall ist der § 2227 BGB. Nach dieser Vorschrift kann das Nachlaßgericht einen Testamentsvollstrecker auf Antrag eines Beteiligten entlassen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Gesetzliche Beispiele des wichtigen Grundes sind grobe Pflichtverletzung oder Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung. Ein privatrechtliches Recht des Beteiligten gegen den Testamentsvollstrecker, als welches nur ein *Gestaltungsrecht* in Frage kommen könnte, besteht hier nicht. Freilich ist das Bestehen eines Gestaltungsrechts nicht schon deshalb zu verneinen, weil die bloße Erklärung des Beteiligten gegenüber dem Testamentsvollstrecker zur Amtsbeendigung nicht ausreicht, es vielmehr einer Handlung des Nachlaßgerichts bedarf. Es gibt sehr viele Gestaltungsrechte, die nur auf dem Umweg über die Ingangsetzung einer staatlichen Tätigkeit verwirklicht werden können. Der Fall des § 133 HGB ist ein Beispiel hierfür. Daß die erforderliche staatliche Tätigkeit eine solche der fG ist, begründet keinen Unterschied gegenüber derartigen im Zivilprozeß auszutragenden Fällen⁵⁴. Daß der Beteiligte, wenn er die Entlassung des Testamentsvollstreckers erreichen will, das Nachlaßgericht anrufen muß, besagt also noch nichts gegen das Vorhandensein eines Gestaltungsrechts. Aber ein Recht des Beteiligten würde voraussetzen, daß das Nachlaßgericht *verpflichtet* wäre, beim Vorliegen der gesetzlichen Merkmale dem Antrag zu entsprechen⁵⁵. Diese Voraussetzung ist aber im Fall des § 2227 BGB nicht gegeben, denn dort heißt es, daß das Nachlaßgericht den Testamentsvollstrecker beim Vorliegen eines wichtigen Grundes entlassen *kann*. Es ist also nicht gezwungen, selbst wenn ein wichtiger Grund vorliegt, die Entlassung vorzunehmen⁵⁶. Zwar gibt es in der Rechtsordnung zahlreiche Fälle, in denen trotz des Vorliegens einer „Kann“-bestimmung mit Recht eine richterliche *Verpflichtung* angenommen wird, entsprechend dem Inhalt der Vorschrift zu handeln⁵⁷. Aber man darf nicht jede Kannvorschrift einfach in eine Mußvorschrift umdeuten. Man muß jeweils den Einzelfall betrachten, um festzustellen, ob Gründe ersichtlich sind, die Entscheidung auch dann in das Ermessen des Richters zu stellen, wenn er den gesetzlichen Tatbestand (hier: den wichtigen Grund) als gegeben ansieht. In § 2227 BGB ist eine wörtliche Interpretation sinnvoll, für die die Überlegung spricht, daß beispielsweise einmal trotz einer vorgekommenen groben Pflichtverletzung des Testamentsvollstreckers, die nach § 2227 Abs. 1 Halbs. 2 einen

54) Vgl. de Boor, *Judicium* I, S. 273.

55) von Tuhr, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Bd. I § 7 III N. 7 c S. 162.

56) BayObLG, *Rechtspr.* (Beilage zur DRZ) 1934 Nr. 11 S. 11; Mendelssohn-Bartholdy, *Rhein. Zeitschr.* 1924, S. 318, S. 319 Z. 3 und S. 321 Z. 4; Soergel, *Komm. z. BGB*, § 2227 Anm. 3; Palandt, *Komm. z. BGB*, § 2227 Anm. 4.

57) Z. B. § 715 ZPO; s. hierzu Baumbach-Lauterbach, *Anm. 2 B*: „Kann“ stellt hier, wie oft, nur in den Machtbereich des Gerichts, überläßt aber die Entscheidung nicht seinem Ermessen“. Ferner gehört hierher § 727 ZPO; vgl. RGZ 57, 329/30, und Rosenberg, *Lehrbuch*, § 175 IV 3 b letzter Absatz. Ein weiteres Beispiel bietet § 133 HGB; s. hierzu Düringer-Hachenburg-Flechtheim, *Anm. 12*, u. Baumbach-Duden, *Anm. 2 D*. Die Bedeutung von Kannvorschriften wird im Abschnitt C noch für eine Reihe von Angelegenheiten der fG praktisch werden.

wichtigen Grund darstellt, überwiegende Gründe es als richtig erscheinen lassen können, den Testamentsvollstrecker dennoch im Amt zu belassen, zum mindesten für eine gewisse Zeit.

Obleich sonach ein subjektives Gestaltungsrecht des antragsberechtigten Beteiligten fehlt, besteht dennoch eine Dispositionsbefugnis der Beteiligten, d. h. des Antragsstellers und des Testamentsvollstreckers über den Verfahrensgegenstand. Denn das Ziel des Verfahrens, die Amtsbeendigung, unterliegt der Beteiligendisposition, wie sich aus § 2226 BGB ergibt. Aus dieser Vorschrift folgt, daß die Entlassung des Testamentsvollstreckers durch das Nachlaßgericht nicht die einzige Möglichkeit der Amtsbeendigung ist — wäre es so, dann würde der Verfahrensgegenstand nicht der Beteiligendisposition unterliegen —, sondern der Testamentsvollstrecker von sich aus und ohne das Nachlaßgericht um Erlaubnis zu fragen, sein Amt niederlegen kann.

Zweifelhaft ist, ob der Testamentsvollstrecker seine Kündigungserklärung sofort wirksam in den Vergleich aufnehmen oder ob er sich in dem Vergleich lediglich zur Amtsniederlegung *verpflichten* kann. § 2226 BGB verlangt eine Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht, während der Vergleich ja als Vertrag Erklärungen der Kontrahenten jeweils dem anderen Teil gegenüber zum Inhalt hat. Daß der Vergleich im Verfahren nach § 2227 BGB, also „vor“ dem Nachlaßgericht geschlossen wird, genügt noch nicht dem Erfordernis der „gegenüber“ dem Nachlaßgericht abzugebenden Erklärung. Doch dürfte diesem Erfordernis genügt sein, wenn in dem Vergleich ausdrücklich ausgesprochen wird, daß der Testamentsvollstrecker sein Amt gegenüber dem Nachlaßgericht kündigt. Gegen diese Verbindung von Vergleich und Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht bestehen keine Bedenken.⁵⁸

Vereinbaren die Beteiligten, wie es häufig der Fall sein wird, eine Amtsniederlegung des Testamentsvollstreckers zu einem späteren Zeitpunkt, so kann der Testamentsvollstrecker sofort in dem Vergleich seine Kündigung zu diesem späteren Termin erklären. In § 2226 BGB fehlt nämlich eine § 2202 Abs. 2 a. E. entsprechende Bestimmung, wonach die Annahme und die Ablehnung des Amtes nicht unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung erfolgen darf. Eine *bedingte* Erklärung wird man allerdings auch im Falle des § 2226 BGB aus allgemeinen Erwägungen heraus⁵⁹ im Interesse klarer Rechtsverhältnisse für unwirksam halten müssen. Gegen eine Zeitbestimmung bestehen solche Bedenken jedoch nicht, da eine klare Zeitbestimmung die Rechtssicherheit nicht beeinträchtigt. Läßt sich beim Vergleichsschluß der Zeitpunkt der Amtsniederlegung dagegen noch nicht eindeutig bestimmen, soll etwa der Testamentsvollstrecker vorher noch ein bestimmtes Geschäft abwickeln, dann bleibt freilich nur die Möglichkeit einer *Verpflichtung* des Testamentsvollstreckers zur Amtsniederlegung. Daß eine Verpflichtung des Testamentsvollstreckers zur Amtsniederlegung begründet werden kann, hat das Reichsgericht

58) Die Möglichkeit eines Vergleichs über die Amtsbeendigung eines Testamentsvollstreckers wird auch von de Boor, *Judicium* I, S. 287, bejaht, wobei er allerdings nur eine Verpflichtung des Testamentsvollstreckers zur Amtsniederlegung im Vergleich für möglich hält, nicht schon die Kündigungserklärung selbst. de Boor behandelt in seinem Aufsatz die Frage der Möglichkeit eines Schiedsverfahrens in der fG, insbesondere eines Schiedsverfahrens an Stelle eines Verfahrens nach § 2227 BGB vor dem Nachlaßgericht. Er geht daher mit Rücksicht auf § 1025 ZPO, der die Vergleichsfähigkeit voraussetzt, auch auf diese ein. Da de Boor jedoch im Anschluß an die herrschende Meinung (z. B. Baumbach, *Das privatrechtliche Schiedsgerichtsverfahren*, Kap. 3 A I; Rosenberg, *Lehrbuch*, § 166 II 1 a) davon ausgeht, daß mit dem Vergleich im Sinne des § 1025 ZPO nur der *materiellrechtliche* Vergleich des § 779 BGB gemeint ist, dagegen kein Prozeßvergleich, behandelt er die Frage auch nur aus dem materiellen Recht heraus, kommt also auf die Problematik, die sich daraus ergibt, daß ein Verfahrensvergleich sich auf den „Verfahrensgegenstand“ beziehen und dieser daher der Parteidisposition unterliegen muß, nicht zu sprechen.

59) Vgl. H. Lehmann, *Allg. Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*, § 35 A V 2.

in anderem Zusammenhang (nicht im Zusammenhang mit einer vergleichsweisen Verpflichtung) mit Recht anerkannt⁶⁰.

Nun ist aber mit der Erkenntnis, daß der Testamentsvollstrecker zur freien Amtsbeendigung befugt ist und sich hierzu auch wirksam verpflichten kann, die Frage einer Vergleichsmöglichkeit im Verfahren nach § 2227 BGB noch nicht endgültig behandelt. Gerade im Falle des § 2227 BGB zeigt sich nämlich ein interessanter Gegensatz zwischen materiellem Recht und Verfahrensrecht. Verfahrensrechtlich ist zur Stellung des Antrags auf Entlassung eines Testamentsvollstreckers jeder „Beteiligte“ befugt. Der Begriff des Beteiligten in diesem Sinne wird mit Recht von der völlig herrschenden Lehre und Rechtsprechung sehr weit gefaßt: beteiligt im Sinne des § 2227 BGB ist jeder, der ein rechtliches Interesse an der Testamentsvollstreckung hat, also nicht nur der Erbe, sondern auch etwa der Pflichtteilsberechtigte und der Vermächtnisnehmer, ja sogar auch sonstige Nachlaßgläubiger⁶¹, um nur die wichtigsten Fälle herauszugreifen. Auch ein Pflichtteilsberechtigter oder ein Vermächtnisnehmer oder ein sonstiger Nachlaßgläubiger und der Testamentsvollstrecker können sich daher nach § 2227 BGB als Beteiligte gegenüberstehen. Es ist selbstverständlich möglich, daß der Testamentsvollstrecker sich diesen Personen gegenüber ebenso wie gegenüber dem Erben zur Amtsniederlegung wirksam verpflichtet. Ebenso zweifellos ist eine Kündigung des Testamentsvollstreckers wirksam, auch wenn sie mit diesen Personen und nicht mit dem Erben abgesprochen worden ist. Fraglich ist aber, ob solche Handlungen des Testamentsvollstreckers im Wege eines *Vergleichs* mit dem betreffenden Beteiligten (der nicht der Erbe ist) vorgenommen werden können. Diese Frage muß aus materiellrechtlichen Gründen verneint werden. Ein Vergleich zwischen einem Nachlaßgläubiger und dem Testamentsvollstrecker würde dem § 779 BGB nicht genügen. § 779 verlangt ein „Rechtsverhältnis“, und zwar muß dieses Rechtsverhältnis zwischen den Kontrahenten des Vergleichs bestehen⁶².

Ein solches Rechtsverhältnis besteht aber nur zwischen dem Erben und dem Testamentsvollstrecker. Daß zwischen diesen Personen ein Rechtsverhältnis besteht, ergibt sich schon aus dem Wortlaut des § 2218 BGB, der „auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Testamentsvollstrecker und dem Erben“ gewisse Auftragsregeln für entsprechend anwendbar erklärt. Es handelt sich hier um ein gesetzliches Schuldverhältnis⁶³, aus dem sich für beide Teile Rechte und Pflichten ergeben (vgl. außer § 2218 auch die §§ 2206 Abs. 2, 2208 Abs. 2, 2215, 2217 und 2219 BGB). Um den Fortbestand dieses Rechtsverhältnisses geht es im Verfahren nach § 2227 BGB; der Vergleich dient seiner Beendigung und im unlösbaren Zusammenhang hiermit der Beendigung der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers „nach außen“, also im Verhältnis zu Dritten. Der Vergleich zwischen dem Erben und dem Testamentsvollstrecker erfüllt daher die Voraussetzung des § 779 BGB, wonach der Vergleich sich auf ein zwischen den Parteien bestehendes Rechtsverhältnis beziehen muß.

Anders ist es aber, wenn sich in dem Verfahren nach § 2227 BGB ein Nachlaßgläubiger, sei er auch Pflichtteilsberechtigter oder Vermächtnisnehmer, und der Testamentsvollstrecker gegenüberstehen. Zwischen diesen Personen fehlt es an einem streitigen oder ungewissen Rechtsverhältnis. Nur mit der Konstruktion, daß die Beteiligten gerade auch darüber streiten, ob § 2227 BGB dem Antragsberechtigten ein Recht gegen den Testamentsvollstrecker auf Amtsniederlegung gibt, lassen sich die Voraussetzungen des § 779 BGB be-

60) RGZ 156, 70/74—76.

61) Staudinger-Herzfelder, Anm. II D; Planck-Strecker, Anm. I 2; Mendelssohn-Bartholdy, Rhein. Zeitschr. 1924, S. 317.

62) RGR-Komm. § 779 Anm. 3 a.

63) Kipp-Coing, Erbrecht, § 130 S. 497 zu N. 1.

gründen, da der Streit oder die Ungewißheit über das Rechtsverhältnis sich auch auf eine bloße Rechtsfrage richten kann. Meistens wird aber unter den Beteiligten gar nicht diese Rechtsfrage zur Debatte stehen, sondern allein, ob ein wichtiger Grund zur Entlassung des Testamentsvollstreckers gegeben ist. Das aber ist kein Streit über ein zwischen den Beteiligten bestehendes Rechtsverhältnis.

Allerdings braucht das Rechtsverhältnis, auf das der Vergleich sich beziehen muß, nicht unbedingt ein materielles zu sein⁶⁴. Auch rein formelle Rechtsbeziehungen können genügen, also vergleichsfähig sein. Im Zivilprozeß wird von der richtigen Ansicht ein Prozeßrechtsverhältnis angenommen, das nicht nur zwischen den Parteien und dem Gericht, sondern auch zwischen den Parteien untereinander besteht⁶⁵. Ob ein ähnliches Prozeßrechtsverhältnis auch in dem Verfahren der fG angenommen werden kann, ist zweifelhaft⁶⁶. Es kommt aber auf diese Frage nicht entscheidend an. Auch wenn man nämlich in der fG ein Prozeßrechtsverhältnis zwischen den Beteiligten bejaht, ist ein Vergleich zwischen einem Nachlaßgläubiger und dem Testamentsvollstrecker über die Amtsbeendigung dennoch nicht möglich. Denn der Vergleich würde sich ja nicht auf dieses Prozeßrechtsverhältnis beziehen. Wenn es auch mit einer vergleichsweisen Erledigung des Verfahrens notwendig sein Ende findet, so ist es dennoch nicht Gegenstand der Vergleichsregelung. Nur wenn sich ein Verfahren gerade um eine bestimmte prozessuale Rechtsbeziehung dreht — das „Prozeßrechtsverhältnis“ als Ganzes kommt hierfür nicht in Frage —, wie es beispielsweise im Zivilprozeß gelegentlich bei einem Zwischenstreit nach § 275 ZPO vorkommen kann, sind Prozeßvergleiche über dieses prozessuale Rechtsverhältnis denkbar⁶⁷.

Auf das Erfordernis des zwischen den Beteiligten bestehenden Rechtsverhältnisses im Sinne des § 779 BGB könnte nur verzichtet werden, wenn man mit der früher erwähnten Mindermeinung (s. o. N. 8) die Vergleichsvoraussetzungen nur aus § 794 Abs. 1 Z. 1 ZPO herleiten und auf die Merkmale des § 779 BGB verzichten wollte. Das ist jedoch schon für den zivilprozessualen Vergleich unmöglich und erst recht für den Verfahrensvergleich der fG.

Es läßt sich auch nicht etwa sagen, daß durch die in § 2227 BGB normierte *Antragsberechtigung* ein Rechtsverhältnis zwischen dem Berechtigten und dem Testamentsvollstrecker geschaffen werde. Gerade weil aus § 2227 BGB kein „Recht“ des Antragstellers gegen den Testamentsvollstrecker auf Beendigung des Amtes folgt, erschöpft sich § 2227 in der Schaffung der prozessualen Möglichkeit, das Verfahren in Gang zu bringen; ein besonderes Rechtsverhältnis zwischen Antragssteller und Testamentsvollstrecker wird dagegen nicht begründet. Nur wo ein solches Rechtsverhältnis bereits besteht, wie zwischen dem Erben und dem Testamentsvollstrecker, kommt daher ein Vergleich in Frage. Der Streit oder die Ungewißheit der Vergleichspartner muß sich gerade auf dieses zwischen ihnen bestehende Rechtsverhältnis beziehen. Man könnte vielleicht zweifeln, ob deshalb nicht sogar auch zwischen dem Erben und dem Testamentsvollstrecker ein Vergleich ausgeschlossen sei. Es steht ja fest, daß der Erbe die Amtsniederlegung nicht verlangen kann, auch wenn ein wichtiger Grund vorliegt, denn auch der Erbe hat ja ebensowenig wie die anderen Antragsberechtigten ein Recht auf Amtsniederlegung. Hieraus könnte gefolgert werden, ein Zweifel über das zwischen dem Erben und dem Testamentsvollstrecker bestehende Rechtsverhältnis sei überhaupt nicht denkbar, abgesehen von der Möglichkeit, daß die Beteiligten in Verkennung der Bedeu-

64) Staudinger-Kober, Komm. z. BGB, § 779 Anm. I 1.

65) Bülow, ZPP 27, 224; Wach, Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 1. Bd., S. 34 ff.; Rosenberg, Lehrbuch, § 2 II 1; Schönlke, Lehrbuch des ZPR, § 2 I und III.

66) Verneinend Monich, ZPP 33, S. 67 und 70.

67) Ein Beispiel hierfür findet sich in der Entscheidung des OLG Karlsruhe vom 9. 10. 1902, OLG-Rspr. 6, S. 8/9.

tung des § 2227 BGB einen Anspruch auf Amtsniederlegung bei Vorliegen eines wichtigen Grundes annehmen. Diese Folgerung wäre aber unrichtig, da sie den Begriff des Streites oder der Ungewißheit zu eng gestalten würde. Schon der Zweifel, ob der Erbe nicht die Möglichkeit hat, auf dem Wege über das Verfahren nach § 2227 BGB die Amtsbeendigung herbeizuführen, indem er in diesem Verfahren das Vorliegen eines wichtigen Grundes dartut, reicht aus, um einen Streit oder eine Ungewißheit über das zwischen ihm und dem Testamentsvollstrecker bestehende Rechtsverhältnis — genauer: über dessen Fortbestand — zu begründen. Wenn auch die prozessuale Möglichkeit der Antragsstellung nicht ausreicht, um ein Rechtsverhältnis zwischen den Beteiligten zu begründen, so reicht sie doch wenigstens aus, um über das zwischen dem Erben und dem Testamentsvollstrecker bereits bestehende Rechtsverhältnis einen Streit oder eine Ungewißheit zu schaffen.

Im Verfahren nach § 2227 BGB ist also ein Vergleich dann, aber auch nur dann möglich, wenn der *Erbe* den Entlassungsantrag gestellt hat, was in der Praxis wohl die Mehrzahl der Fälle bilden wird. Zwischen den sonstigen Personen, die den Antrag stellen, und dem Testamentsvollstrecker kann dagegen ein Vergleich nicht geschlossen werden. Eine ganz andere Frage ist es freilich, ob ein dennoch abgeschlossener Vergleich wenigstens im Wege einer Konversion (§ 140 BGB) als einfacher Verpflichtungsvertrag aufrechterhalten werden kann, oder ob eine als Vergleichsbestandteil bereits unmittelbar erklärte Amtsniederlegung nach § 139 BGB wirksam ist, trotz der Unwirksamkeit des Vergleichs als solchen. Diese Fragen werden sich nur von Fall zu Fall beantworten lassen.

Zusammenfassend kann zu § 2227 BGB festgestellt werden, daß er in mehrfacher Hinsicht Besonderheiten und Schwierigkeiten in der Frage der Zulässigkeit eines Verfahrensvergleichs in der fG aufzeigt. Er ist zunächst ein Beispiel dafür, daß ein Verfahrensvergleich auch in solchen Gestaltungssachen möglich sein kann, in denen ein subjektives Gestaltungsrecht des einen Beteiligten gegen den anderen fehlt. Sodann zeigt er, daß es unter Umständen irreführen kann, wenn man die Frage nach der Zulässigkeit eines Verfahrensvergleichs einfach, wie es im Zivilprozeß häufig geschieht, nur in prozessualer Ausdrucksweise dahin formuliert, ob die Beteiligten über den Verfahrensgegenstand dispositionsbefugt seien. Das sind die Beteiligten im Verfahren nach § 2227 BGB auch dann, wenn es sich nicht um den Erben und den Testamentsvollstrecker handelt, sondern um irgendeine andere antragsberechtigte Person, etwa einen Nachlaßgläubiger, und den Testamentsvollstrecker. Denn bei der Frage nach der Dispositionsbefugnis über den Verfahrensgegenstand in Gestaltungssachen ist das *Verfahrensziel* entscheidend und dieses unterliegt der Disposition der Beteiligten, gleichgültig, wer dem Testamentsvollstrecker gegenübersteht, da dieser sich jedem gegenüber zur Amtsniederlegung verpflichten bzw. seine Kündigung dem Nachlaßgericht gegenüber ohne Rücksicht darauf erklären kann, wer ihm im Entlassungsverfahren als Antragssteller gegenübergestanden hat. Dennoch ist ein Vergleich des Testamentsvollstreckers mit anderen Personen als dem Erben aus materiellen Gründen als solcher unwirksam und kann höchstens auf dem Wege einer Konversion Bedeutung erhalten. Gleichzeitig erkennt man schon hier, daß die Frage der Vergleichszulässigkeit in der fG sich nicht generell beantworten läßt, sondern nur von Fall zu Fall.

3. Zulässigkeit des Rechtsweges und Zuständigkeit des Gerichts als Vergleichsvoraussetzungen?

Ebenso wie für den zivilprozessualen Vergleich, stellt sich auch für den Verfahrensvergleich der fG die Frage, ob er nur in den Grenzen zulässig ist, in denen das Gericht der fG hätte entscheiden können.

Zwei praktische Beispiele mögen das Problem erläutern:

Nach § 1246 Abs. 1 BGB kann der Eigentümer oder der Pfandgläubiger oder ein sonstiger Beteiligter verlangen, daß der Pfandverkauf in einer von den §§ 1235 bis 1240 BGB abweichenden Art erfolgt. Über dieses Begehren entscheidet das Amtsgericht im Verfahren der fG (§§ 1246 Abs. 2 BGB, 166 Abs. 1 FGG). Daß hier ein Vergleich möglich ist, ergibt sich schon aus dem Wortlaut des § 1246 Abs. 2, der den Vorrang einer „Einigung“ anerkennt. Freilich folgt hieraus nur die Zulässigkeit eines Vergleichs als materiellrechtliches Rechtsgeschäft. Ob eine Einigung als *Prozeßvergleich* möglich ist, ist damit noch nicht gesagt. Als Partner eines solchen Vergleichs kommen nur der Eigentümer und der Pfandgläubiger in Frage⁶⁸. Tritt nun in einem solchen Verfahren nach §§ 1246 BGB, 166 FGG ein Streit darüber auf, ob überhaupt die Verkaufsberechtigung vorliegt, ob etwa die Pfandreife nach § 1228 Abs. 2 BGB bereits eingetreten ist, so gehört die Austragung dieses Streites nicht mehr zur Zuständigkeit des Gerichts der fG⁶⁹. Dieser Streit ist vielmehr im Zivilprozeß auszutragen. Die Frage ist nun, ob aus dieser Unzuständigkeit des Gerichts der fG folgt, daß die Beteiligten vor ihm die Frage der Verkaufsberechtigung nicht mit vergleichen können, sofern der Vergleich als *Verfahrensvergleich* angesehen werden soll.

Als weiteres Beispiel ist auf § 165 Abs. 2 FGG hinzuweisen. Nach dieser Vorschrift entscheidet das Amtsgericht im Verfahren der fG über die Höhe der von dem gerichtlich bestellten Verwahrer beanspruchten Vergütung. Dagegen ist das Gericht der fG nicht dafür zuständig, dem Hinterleger auch die Zahlung nach Art einer Verurteilung aufzugeben; der Leistungstitel muß daher notfalls im Zivilprozeß auf Grund der Festsetzung des Gerichts der fG erwirkt werden. Ferner kann das Gericht der fG nicht gleichzeitig über etwaige *Aufwendungen*, deren Ersatz der Verwahrer nach § 693 BGB von dem Hinterleger verlangen kann, entscheiden, hier nicht einmal über die Höhe des Anspruches⁷⁰. Daß Hinterleger und Verwahrer sich im Verlauf des nach § 165 Abs. 2 FGG eingeleiteten Verfahrens über die Höhe der Vergütung vergleichen können, kann nicht zweifelhaft sein, denn wenn auch der Verwahrer vom Amtsgericht bestellt wurde, so hat er durch seine Tätigkeit dennoch einen privatrechtlichen, der Höhe nach unbestimmten Vergütungsanspruch gegen den Hinterleger erworben. Darin liegt ein „Rechtsverhältnis“, wie es in § 779 BGB

68) Nur zwischen diesen beiden Personen besteht ein Rechtsverhältnis, das durch den Vertrag geregelt wird. Der etwaige Nießbraucher ist zwar ebenfalls zur Stellung des Antrages nach § 1246 Abs. 1 BGB berechtigt (vgl. Palandt-Hoche, Anm. 1), doch könnte er sich weder mit dem Pfandgläubiger noch mit dem Eigentümer über die abweichende Art des Pfandverkaufs vergleichen. Mit dem Pfandgläubiger schon deshalb nicht, weil es an einem Rechtsverhältnis überhaupt fehlt. Zwischen dem Nießbraucher und dem Eigentümer besteht zwar ein Rechtsverhältnis, doch wird dieses durch den Vergleich über die Art des Pfandverkaufs nicht geregelt, so daß auch zwischen diesen Personen ein Vergleich über die Art des Pfandverkaufs nicht in Frage kommt. Die Unzulässigkeit eines Vergleichs zwischen Nießbraucher und Pfandgläubiger wegen des Fehlens eines Rechtsverhältnisses bedeutet eine gewisse Parallele zu dem Falle des § 2227 BGB, wo ein Vergleich zwischen einem Nachlaßgläubiger und dem Testamentsvollstrecker über die Amtsbeendigung aus demselben Grund unzulässig ist. Doch ist hier im Falle des § 1246 BGB — und insofern besteht ein wesentlicher Unterschied — eine Einigung zwischen Nießbraucher und Pfandgläubiger (und ebenso zwischen Nießbraucher und Eigentümer) über die Art des Pfandverkaufs nicht nur als Vergleich unwirksam, sondern in jeder Rechtsform, denn das Recht oder die Pflicht des Pfandgläubigers zu einer bestimmten vom Gesetz abweichenden Art des Pfandverkaufs kann sich nur aus Vereinbarungen zwischen Pfandgläubiger und Eigentümer ergeben, denn dem Rechtsverhältnis zwischen diesen beiden Personen entspringt die Befugnis zum Pfandverkauf. Dem trägt auch § 1245 Abs. 1 BGB Rechnung, der die Einigung zwischen Eigentümer und Pfandgläubiger für möglich erklärt. Der Vergleich im Verfahren nach den §§ 1246 BGB, 166 FGG ist nichts anderes als diese Einigung im Sinne des § 1245 BGB.

69) KGJ 24 A 3/5; Josef, ZBlFG 3, 598; Staudinger-Kober, § 1246 Anm. 2 b; Palandt-Hoche, § 1246 Anm. 2; Keidel, Komm. z. FGG, § 166 Anm. 3.

70) Keidel, Komm. z. FGG, § 165 Anm. 3 b; Carlebach, Komm. z. FGG, § 165 Anm. 2 a. E.

vorausgesetzt wird. Die vergleichsweise Regelung dieses Rechtsverhältnisses bleibt den Beteiligten überlassen, wie es ja zu dem Verfahren nach § 165 Abs. 2 FGG gar nicht gekommen wäre, wenn die Beteiligten sich schon vorher verständigt hätten. Zu fragen ist aber einmal, ob der Hinterleger sich in einem Vergleichsvergleich, der im Verfahren nach § 165 Abs. 2 FGG geschlossen wird, unmittelbar zur *Zahlung* einer bestimmten Vergütung verpflichten kann, und zum andern, ob in dem Vergleich auch die Frage des Aufwendungsersatzes mitgeregelt werden kann.

In der Literatur wird vereinzelt der Standpunkt vertreten, für einen Vergleichsvergleich sei schon seinem Wesen nach zu fordern, daß auch alle Verfahrensvoraussetzungen, zum mindesten die Zulässigkeit des Rechtsweges, gegeben sein müßten⁷¹. Hiernach müßte man also, da die Abgrenzung zwischen streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit die Frage der Zulässigkeit des Rechtsweges betrifft⁷², in der fG einen Vergleichsvergleich insoweit für unzulässig halten, als er Rechtsverhältnisse regelt, die zur streitigen Gerichtsbarkeit gehören. In den obigen Beispielen könnte daher weder im Verfahren nach §§ 1246 Abs. 2 BGB, 166 FGG die Frage der Verkaufsberechtigung mitvergleichen werden noch im Verfahren nach § 165 Abs. 2 FGG der Anspruch des Verwahrers auf Aufwendungsersatz, auch könnte hier hinsichtlich der Vergütung kein unmittelbarer Leistungsanspruch begründet werden.

Die sogenannte „Verfahrensvoraussetzung“ der Zulässigkeit des Rechtsweges ist aber in Wahrheit überhaupt keine Voraussetzung des Verfahrens, sondern nur eine Voraussetzung für ein *Sachurteil*⁷³. Insofern ist der Ausdruck „Verfahrensvoraussetzung“ ungenau, ebenso wie der Wortlaut des § 274 ZPO, der die Zulässigkeit des Rechtsweges zusammen mit anderen Erfordernissen als prozeß„hindernde“ Einreden bezeichnet, schon deshalb unglücklich ist. Da aber nun der Vergleich ein Sachurteil gerade vermeidet, so ist nicht einzusehen, warum die Sachurteilsvoraussetzung der Zulässigkeit des Rechtsweges einem Vergleichsvergleich über solche Gegenstände im Wege stehen soll, für die der Rechtsweg nicht gegeben ist⁷⁴. Daß der zu regelnde Gegenstand eine ihr zugehörige Angelegenheit betrifft, stellt auch in der fG keine Voraussetzung des Verfahrens dar, sondern ebenfalls nur die Voraussetzung einer sachlichen Entscheidung⁷⁵. Das Gleiche gilt für die örtliche und sachliche Zuständigkeit.

Richtig ist sonach die Auffassung, daß ein Vergleichsvergleich nicht ausgeschlossen ist, wenn der Gegenstand des Vergleichs teilweise oder auch ganz einem anderen Verfahrenszweig angehört oder wenn das Vergleichsgericht unzuständig ist. Diese Auffassung entspricht auch der herrschenden Meinung⁷⁶. Ebenso wie es daher zulässig ist, daß ein Verwaltungsstreitverfahren mit einem Vergleich endet, in dem unter anderem der Beigeladene die Verpflichtung übernimmt, eine Wohnung zu räumen⁷⁷ oder einen bestimmten Mietzins zu

71) Sauer, Grundlagen des Prozeßrechts, § 20 A V; ders., Allgemeine Prozeßrechtslehre, § 13 II 2 d; Kretschmar, Der Vergleich im Prozesse, S. 57; Keidel, DNotZ 1952, 107/8; nicht eindeutig OLG Hamm, JMBI NRW 1950, 99.

72) So die ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts, der sich auch der Bundesgerichtshof angeschlossen hat, und die herrschende Lehre. Vgl. RG JW 1928, 707; RG DR 1944, 334; BGHZ 10, 162; Keidel, Komm. z. FGG, § 1 Anm. 2 a, und JZ 1953, 760; Stein-Jonas-Schönke, Komm. z. ZPO, Bem. III 3 vor § 1; Rosenberg, Lehrbuch, § 13 III 2 a.

73) Vgl. Baumbach-Lauterbach, Komm. z. ZPO, Grundzüge 3 A vor § 253.

74) Vgl. H. Lehmann, Der Prozeßvergleich, S. 210.

75) Von einer „Sachurteilsvoraussetzung“ zu sprechen, verbietet sich in der fG, denn sie kennt keine „Urteile“, sondern nur Beschlüsse, Verfügungen, Anordnungen oder dergleichen.

76) Außer Lehmann aaO auch Stein-Jonas-Schönke, § 794 Anm. II 2 a; Seuffert-Walsmann, § 794 Anm. 2 b; Baumbach-Lauterbach, Anh. § 307 Z. 4 d a; Rosenberg, Lehrbuch, § 128 I 2 a; Bettermann, NJW 1953, 1007/8; Wöhrmann-Herminghaus, Komm. z. LwVerfGes. v. 21. 7. 1953, § 15 Anm. 29. Auch der BGH hat sich dieser Meinung angeschlossen, vgl. NJW 1954, 1887.

77) OVG Lüneburg, Beschl. v. 20. 12. 1950, AS Bd. 3 Nr. 36.

zahlen⁷⁸, obwohl doch die Räumungs- und Mietzinsverpflichtung nicht vor das Verwaltungsgericht, sondern vor das Zivilgericht gehören, ist es auch im Verfahrensvergleich der fG möglich, Punkte zu vergleichen oder mitzuvergleichen, die zur Zuständigkeit des Prozeßgerichts gehören.

Mit der Frage, ob ein Verfahrensvergleich vor einem unzuständigen Gericht geschlossen werden kann, darf nicht die Frage verwechselt werden, ob ein Rechtsgeschäft, das nach materiellem Recht gerichtlicher oder notarieller Beurkundung bedarf, in einem Verfahrensvergleich wirksam vorgenommen werden kann. Beurkundungsgericht in diesem Sinne ist nach § 167 Abs. 1 FGG das Amtsgericht. Wollen die Parteien bzw. Beteiligten in einem Vergleich vor einem anderen Gericht ein solches Rechtsgeschäft vornehmen, so hat dies mit dem hier behandelten Problem nichts zu tun; vielmehr handelt es sich hierbei um die Frage, ob ein Verfahrensvergleich jene Beurkundungsform ersetzt. Deshalb wird auf diese Frage erst später in dem Abschnitt über die Protokollierung des Verfahrensvergleichs (F) einzugehen sein.

4. Protokollierung als Vergleichsvoraussetzung?

Als eine aus dem Prozeßrecht abzuleitende Voraussetzung des Verfahrensvergleichs kommt auch die ordnungsmäßige Protokollierung des Vergleichs in Frage. Da jedoch später im Abschnitt F die Probleme der Protokollierungsform und -wirkung im Zusammenhang erörtert werden sollen, erscheint es zweckmäßig, auch diese Frage erst dort mitzubehandeln.

5. Verfahrensvergleich und „echtes Streitverfahren“ der fG

Im Zusammenhang mit der Frage nach den Voraussetzungen des Vergleichs in der fG steht noch ein anderes Problem: das Verhältnis des Kreises der vergleichsfähigen Angelegenheiten zu dem Kreis der sogenannten *echten Streitverfahren* der fG.

Die Bestimmung der „echten Streitverfahren“ ist allerdings uneinheitlich und die Beantwortung der Frage, welche Angelegenheiten im einzelnen darunter fallen, demgemäß zweifelhaft und umstritten. Immerhin besteht aber insofern eine Übereinstimmung, als man das Wesen dieser echten Streitverfahren, denen Rechtsprechung und Literatur in immer stärkerem Maße eine prozessuale Sonderbehandlung zukommen lassen⁷⁹, in einer gewissen Ähnlichkeit mit dem Zivilprozeß erblickt. Das aber legt die Vermutung nahe, daß gerade die sogenannten echten Streitverfahren bei der Frage, in welchen praktischen Fällen der fG die Voraussetzungen für einen Vergleichsschluß gegeben sind, eine entscheidende Rolle spielen.

In der Literatur wird verschiedentlich die Vergleichszulässigkeit geradezu als ein Kennzeichen der echten Streitverfahren oder sogar als eine mit ihrem Vorliegen notwendig verbundene Rechtsfolge angesehen⁸⁰. Damit wird also eine enge innere Verbindung zwischen der Vergleichszulässigkeit und den echten Streitverfahren angedeutet. Josef hat seinem Aufsatz⁸¹ bezeichnenderweise die Überschrift gegeben: „Der Vergleich im echten Streitverfahren der

78) OVG Münster, Beschl. v. 19. 11. 1951, Verw. Rspr. Bd. 4 Nr. 145.

79) BGHZ 6, 248/253; BGH Rpfleger 1953 Sp. 77; BGH RdL 1953 S. 107; Josef, Lehrbuch, S. 99, Komm. Zus. C zu § 12, Arch. civ. Pr. Bd. 110, 416; Schneider, ZJP 29, S. 96 ff., insb. S. 108–112; Schultzenstein, Verw. Arch. Bd. 12 S. 120; Keidel, Komm. z. FGG, § 12 Anm. 13; Bosch, Arch. civ. Pr. Bd. 149, 41; Peters, MDR 1952, 137 ff.; Habscheid, ZJP 66, 190; Wöhrmann-Herminghausen, Komm. z. LWVerfGes., § 9 Anm. 2.

80) Vgl. Josef, Lehrbuch, Kap. 13 B I a, Komm. z. FGG, § 12 Zus. C 3, Arch. civ. Pr. Bd. 110, 416; de Boor, Judicium I, S. 269 („auch die Wirkung eines Vergleichs wird man in irgend einer Form zulassen müssen“); Habscheid, ZJP 66, 192.

81) Gruch. Beitr. 48, 557 ff.

freiwilligen Gerichtsbarkeit“. Er geht in diesem Aufsatz^{81a} davon aus, daß ein Vergleich außerhalb der echten Streitverfahren nicht in Frage komme.

Vor allem ist hier die Ansicht von Keidel wichtig, nach der die Beteiligten, wenn ein Vergleich in der fG zulässig sein soll, sich „im Streit gegenüberstehen“ müssen⁸². Offenbar ist damit die Zugehörigkeit des konkreten Verfahrens zu den sogenannten echten Streitverfahren der fG gemeint. Keidel versucht als einziger der Autoren, die einen rechtlichen Zusammenhang zwischen den vergleichsfähigen und den „streitigen“ Verfahren andeuten, hierfür eine nähere Begründung zu geben. Er folgert die Voraussetzung des „Streites“ aus dem Wesen des gerichtlichen Vergleichs, der stets zur Beilegung eines zwischen den Parteien anhängigen „Rechtsstreites“ (vgl. § 794 Abs. 1 Z. 1 ZPO) abgeschlossen werden müsse. Aus diesem Grunde hält Keidel einen Vergleich insbesondere im landwirtschaftlichen Genehmigungsverfahren für unzulässig, weil in diesem Verfahren die Beteiligten sich nicht im Streit gegenüberstünden. Dem widersprechen Wöhrmann-Herminghausen⁸³, die das Erfordernis des Streites für unberechtigt und einen Vergleich auch im Genehmigungsverfahren für möglich halten.

Dem Ergebnis Keidels, daß im Genehmigungsverfahren Vergleichsvergleiche unzulässig sind, ist zuzustimmen, nicht jedoch seiner Begründung. Das Genehmigungsverfahren ist einfach deshalb vergleichsunfähig, weil jeder Vergleich sich auf den Verfahrensgegenstand beziehen muß. Ihn kann der Vergleich im Genehmigungsverfahren aber nicht regeln, wie sich aus dem Sinn des Genehmigungsverfahrens, der Wahrung öffentlicher Belange, ergibt⁸⁴. Die Überlegung, daß der Verfahrensgegenstand nicht nur als die Frage aufgefaßt werden kann, ob das Gericht eine bestimmte Handlung vornehmen kann und soll, daß vielmehr auch das erstrebte Ergebnis zum Verfahrensgegenstand gehört und im vergleichsrechtlichen Sinn sogar die entscheidende Rolle spielt, nutzt hier nichts. Denn während in den früher besprochenen Fällen der Vertragshilfe, der Hausratsteilung und des § 2227 BGB das Verfahrensergebnis in einer Umgestaltung der privatrechtlichen Lage besteht, die als solche der Disposition der Beteiligten unterliegt, ist das Verfahrensergebnis im Genehmigungsverfahren rein hoheitlich, eben die gerichtliche Genehmigung.

Dagegen läßt sich die Unzulässigkeit eines Vergleichs im Genehmigungsverfahren nicht aus dem fehlenden „Streitcharakter“, d. h. aus der (allgemein angenommenen) Nichtzugehörigkeit dieses Verfahrens zu den echten Streitverfahren, herleiten. Es besteht keine rechtlich notwendige Verknüpfung der vergleichsfähigen Angelegenheiten mit den sogenannten echten Streitverfahren der fG.

a) Es ist unmöglich, das in § 794 Abs. 1 Z. 1 und in einigen anderen Vorschriften der Zivilprozeßordnung (etwa den §§ 81 und 83) verwendete Wort „Rechtsstreit“ zu einem Tatbestandsmerkmal des Vergleichs zu qualifizieren. Dieses Wort ist gleichbedeutend mit den Worten „Prozeß“ oder „Verfahren“⁸⁵, ist also völlig untechnisch zu verstehen und soll keine Voraussetzung des Vergleichs schaffen.

Freilich kommt bei weitem nicht jedes Verfahren der fG für Vergleiche in Frage. Es müssen sich naturgemäß mehrere Beteiligte (mindestens zwei) mit gegensätzlichen Interessen gegenüberstehen. Aber das ergibt sich bereits aus

81a) Vgl. vor allem dessen Ziffer V.

82) DNotZ 1952, 104 Z. 1 letzter Absatz; DNotZ 1954, 344; Komm. z. FGG, 6. Aufl., Vorbem.

§§ 8—18 Z. 6. Zustimmend Kobler, DNotZ 1953, 572.

83) Komm. z. LwVerfGes v. 21. 7. 1953, § 15 Anm. 33.

84) Die Verfügungsbefugnis fehlt jedenfalls im eigentlichen Sinne. Ob wenigstens die Befugnis, den Genehmigungsantrag zurückzunehmen oder auf die Beschwerde gegen die erteilte Genehmigung zu verzichten, eine Vergleichsbefugnis in dieser (sehr eingeschränkten) Richtung schafft, soll im Abschnitt E erörtert werden.

85) Vgl. Rosenberg, Lehrbuch, § 1 II 2.

dem *bürgerlichen* Recht, denn nach § 779 BGB muß zwischen den Personen, die einen Vergleich schließen wollen, ein Rechtsverhältnis bestehen, über das „Streit oder Ungewißheit“ herrscht. Nicht diese materiellrechtliche Vergleichsvoraussetzung ist es jedoch, die Keidel meint, sondern ein zusätzliches prozessuales Merkmal, eben das Erfordernis eines „Rechtsstreits“. Nach dem Gesagten ist diese Einschränkung aber, von ihrer begrifflichen Unklarheit ganz abgesehen, unbegründet.

Durch die alternative Möglichkeit einer bloßen „Ungewißheit“ über das zu vergleichende Rechtsverhältnis ergibt sich, daß nicht einmal im materiellrechtlichen Sinne jedesmal ein „Streit“ der Vergleichspartner vorzuliegen braucht. Der Gegensatz zwischen „Streit“ und „Ungewißheit“ besteht darin, daß der erste ein *bewußtes Behaupten eines verschiedenen Rechtsstandpunktes* voraussetzt und dadurch ein dementsprechendes gegensätzliches Verhalten der beiden Seiten bedingt⁸⁶. Das Merkmal der „Ungewißheit“ verzichtet auf ein solches bewußtes Behaupten eines verschiedenen Rechtsstandpunktes. Das Wort Streit darf also nicht etwa mit Zank gleichgesetzt werden. Vielmehr grenzen sich Streit und Ungewißheit einfach danach ab, ob die Parteien gegensätzliche Rechtsbehauptungen aufstellen. Im *Zivilprozeß* geht nun nach seiner Gestaltung einem Vergleich in der Tat regelmäßig ein Streit in diesem Sinne voraus und nicht nur eine Ungewißheit. Denn regelmäßig stehen sich im Zivilprozeß gegensätzliche Anträge gegenüber, denen gegensätzliche Rechtsbehauptungen zugrundeliegen. In der fG ist es dagegen oft anders. Bestimmte Anträge sind hier meistens nicht notwendig und werden auch oft nicht gestellt. Beantragt etwa, um bei dem bereits erwähnten Beispiel des § 165 Abs. 2 FGG zu bleiben, der gerichtlich bestellte Verwahrer vor dem Amtsgericht von dem Hinterleger eine Vergütung mit der Behauptung, DM 100.— seien angemessen, so kann der Hinterleger, ohne Versäumnisfolgen befürchten zu müssen, entweder sich überhaupt nicht äußern oder sich etwa auf die Anführung beschränken, DM 100.— seien *möglicherweise* angemessen, möglicherweise aber auch zu hoch gegriffen. Hier besteht eine bloße Ungewißheit, die vergleichsfähig ist⁸⁷. Im Zivilprozeß ist bei einem entsprechenden Verhalten des Beklagten ein Prozeßvergleich zwar rechtlich ebenfalls zulässig, doch wird der Kläger in einem solchen Falle in der Regel von der für ihn günstigeren Möglichkeit der Erlangung eines Versäumnisurteils Gebrauch machen, dessen Voraussetzungen schon dann vorliegen, wenn der Beklagte zwar erscheint, aber keine Anträge stellt (vgl. § 333 in Verbindung mit § 137 Abs. 1 ZPO). Es kann daher geradezu als eine Besonderheit des Verfahrensvergleichs in der fG bezeichnet werden, daß ihm häufiger als dem Vergleich des Zivilprozesses eine bloße Ungewißheit und kein Streit im Sinne des § 779 BGB vorausgehen wird.

Ein Streit oder eine Ungewißheit im Sinne des materiellen Rechts (§ 779 BGB) kann sich auch in einem Verfahren ergeben, das nicht im prozessualen Sinn zu den „echten Streitverfahren“ der fG gehört. Schon das Beispiel des

86) RGR-Komm. § 779 Anm. 2; Schnorr v. Carolsfeld, Beiträge zur Lehre vom Vergleich, S. 15.

87) Schwierigkeiten bereitet im Falle der Ungewißheit bisweilen die Frage, wann ein gegenseitiges Nachgeben vorliegt. Hat der Hinterleger in dem gewählten Beispiel die Ansicht geäußert, möglicherweise seien nur DM 50.— angemessen, so liegt ein Nachgeben des Hinterlegers bei jeder Einigung vor, die DM 50.— überschreitet. Hat er dagegen überhaupt keine alternative Möglichkeit genannt, dann muß es für das Nachgeben genügen, wenn dem Vergleich „nicht die extreme Möglichkeit zugrundegelegt wird“, die zugunsten des Hinterlegers denkbar ist. Hat keiner der Beteiligten einen bestimmten Rechtsstandpunkt geäußert, so genügt es für das Nachgeben, wenn nach beiden Richtungen (also weder zugunsten des einen noch des anderen) nicht eine der extremen Möglichkeiten zugrundegelegt wird. Vgl. Schnorr v. Carolsfeld, S. 30. Welches die extremen Möglichkeiten sind, kann im Einzelfall natürlich problematisch sein. Doch wird man in solchen Fällen großzügig verfahren und das Nachgeben in aller Regel bejahen können.

Genehmigungsverfahren zeigt dies. Man denke etwa an den Fall, daß ein Beteiligter im Genehmigungsverfahren nunmehr die Wirksamkeit des früher geschlossenen und zur Genehmigung eingereichten Vertrags verneint⁸⁸. Dieser Zweifel ist im Sinne des § 779 BGB vergleichsfähig, da der Streit oder die Ungewißheit sich nicht unbedingt auf die tatsächlichen Voraussetzungen zu beziehen brauchen, sondern sich auch auf rechtliche Voraussetzungen richten können. Deshalb sind Vergleiche auch über die Frage der Nichtigkeit eines Vertrages möglich, beispielsweise sogar über die wucherische Natur eines Rechtsgeschäfts⁸⁹. Dennoch kann ein solcher Vergleich im Genehmigungsverfahren nicht als Verfahrensvergleich geschlossen werden, da der Gegenstand des Genehmigungsverfahrens durch einen solchen Vergleich mangels Dispositionsbefugnis der Beteiligten nicht geregelt werden kann. Nur die unter dem Gesichtspunkt öffentlicher Belange zu erteilende Genehmigung ist Gegenstand des Genehmigungsverfahrens, nicht auch die Frage, ob der zu genehmigende Vertrag nichtig ist. Das zeigt die ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, nach der es dem Genehmigungsgericht nicht obliegt, die Frage der Nichtigkeit des Vertrags zu prüfen; vielmehr kann lediglich eine offensichtliche Nichtigkeit berücksichtigt, die Genehmigung in einem solchen Falle also versagt werden⁹⁰. Die Möglichkeit der Berücksichtigung einer offensichtlichen Nichtigkeit wird nicht etwa daraus abgeleitet, daß auch die Nichtigkeitsfrage unter Umständen Gegenstand des Genehmigungsverfahrens sein könne, sondern nur aus einer „gesunden Prozeßökonomie, die es nicht zuläßt, das Gericht dazu zu nötigen, eine offensichtliche Nichtigkeit zu übersehen und eine für die Rechtsstellung der Beteiligten offensichtlich bedeutungslose Zustimmung zu erteilen“⁹¹. Gegenstand des Genehmigungsverfahrens ist also lediglich die Frage, ob nicht einer der gesetzlich vorgesehenen Versagungsgründe vorliegt, das erstrebte Verfahrensergebnis, also die Genehmigung. Dieser Verfahrensgegenstand unterliegt aber nicht der Disposition der Beteiligten.

Das Genehmigungsverfahren erlaubt daher keine Verfahrensvergleiche. Auch der „im“ Genehmigungsverfahren geschlossene Vergleich kommt rechtlich in folgedessen nur als privatrechtlicher, also außergerichtlicher Vergleich in Frage. Angesichts der Häufigkeit des Genehmigungsverfahrens⁹² ist dies von erheblicher praktischer Bedeutung.

Das Gleiche wie für das Genehmigungsverfahren gilt aus denselben Gründen etwa auch für das mit dem Genehmigungsverfahren verwandte Beanstandungsverfahren nach § 5 des Landpachtgesetzes vom 25. 6. 1952.

Wesentlich ist aber, daß in der fG ein Streit oder eine Ungewißheit über ein Rechtsverhältnis im Sinne des § 779 BGB auch in nicht zu den sogenannten „echten Streitverfahren“ gehörigen Verfahren auftauchen kann, und daß diese

88) Ein solcher Streit erhob sich bspw. in dem Genehmigungsverfahren, das der Entscheidung des Bundesgerichtshofes in MDR 1954, 30 zugrundelag.

89) RG „Recht“ 1923 Nr. 1346; Schnorr v. Carolsfeld, S. 5.

90) Dieses zunächst vielleicht befremdliche Ergebnis (befremdlich deshalb, weil § 138 BGB ja zwingend ist) wird erklärlich, wenn man sich zweierlei klarmacht. Erstens darf dem Vergleich selbstverständlich nicht der gleiche Mangel anhaften wie dem ursprünglichen Vertrag; er darf also nicht ebenfalls bspw. unter Ausbeutung der Notlage des einen Teils geschlossen werden. Zweitens muß, wenn ein wirksamer Vergleich gegeben sein soll, wirklich ein Streit oder eine Ungewißheit über die Gültigkeit des früheren Vertrages vorgelegen haben. Waren die Parteien in Wirklichkeit über die Nichtigkeit einig, so kann ein „Vergleich“ im Rechtssinne nicht vorliegen. Es kommt hier vielmehr höchstens eine Neuvernahme in Frage.

91) BGHZ 1, 121/124; BGH RdL 1952, 300; RdL 1953, 646; MDR 1954, 30.

92) BGH MDR 1954, 30.

93) Nach einer Mitteilung von Kobler, DNotZ 1953 S. 568, überwiegen in der amerikanischen und französischen Zone in landwirtschaftlichen Angelegenheiten die Genehmigungssachen weit, z. B. umfassen sie 86 Prozent aller im Jahre 1952 bei dem OLG München als Beschwerdegericht anhängig gewordenen Landwirtschaftssachen.

Nichtzugehörigkeit Verfahrensvergleiche nicht ausschließt. Ein prozessuales „Streit“erfordernis über die Voraussetzungen des § 779 BGB hinaus besteht also nicht. In den konkreten Fällen des landwirtschaftlichen Genehmigungsverfahrens und des Beanstandungsverfahrens ist es ein anderer Grund — also keineswegs die Nichtzugehörigkeit zu den echten Streitverfahren —, der Verfahrensvergleiche verbietet.

Daher ist es durchaus berechtigt, wenn das Oberlandesgericht Celle in einer Entscheidung vom 22. 2. 1954⁹³ einen Verfahrensvergleich im landwirtschaftlichen Zuweisungsverfahren (Art. VI 17 der VO N. 84 br. Z.) für möglich hält, obgleich es im Anschluß an den Kommentar von Wöhrmann-Herminghausen⁹⁴ das Zuweisungsverfahren nicht als ein echtes Streitverfahren ansieht. Die Vergleichsvoraussetzungen sind in diesem Verfahren sämtlich erfüllt. Die Beteiligten sind Miterben einer landwirtschaftlichen Besitzung. Zwischen ihnen besteht daher ein (gesamthänderisches) Rechtsverhältnis. Die Beteiligten sind verpflichtet, an der Auseinandersetzung dieses Rechtsverhältnisses mitzuwirken. Wenn die Beteiligten sich in der Art der Auseinandersetzung nicht einigen können, greift das Zuweisungsverfahren nach Art. VI 17 der VO N. 84 ein, in dem das Gericht der fG einem Miterben die Besitzung ungeteilt übertragen kann. Der Streit oder die Ungewißheit, ob das Gericht eine solche Entscheidung treffen wird und zu wessen Gunsten, ist ein Streit oder eine Ungewißheit über das zwischen den Parteien bestehende Rechtsverhältnis, nämlich über dessen Fortbestand und die Art seiner Auflösung. Ein materielles Zuweisungsrecht eines der Miterben kann zwar nicht angenommen werden. Es besteht jedoch eine Dispositionsbefugnis über das Verfahrensergebnis und damit über den Verfahrensgegenstand, denn im Falle einer Einigung ist nach dem Wortlaut des Art. VI 17 für einen Zuweisungsbeschluß gar kein Raum. Daß die vergleichsweise erfolgende Übertragung der Besitzung auf einen oder mehrere der Miterben noch einer Genehmigung nach den Bestimmungen über den Verkehr mit land- und forstwirtschaftlichen Grundstücken bedarf, steht dem Charakter der Einigung als echtem Verfahrensvergleich nicht im Wege, wie man aus der Regelung des § 19 LwVerfG erkennt.

Aus den bisher behandelten Beispielfällen erkennt man auch, wie wichtig es ist, bei der Frage der Zulässigkeit eines Verfahrensvergleichs in der fG materielles und Verfahrensrecht zu berücksichtigen. Beider Voraussetzungen müssen erfüllt sein, also sowohl die Voraussetzungen des § 779 BGB als auch insbesondere die prozessualen Voraussetzungen der Beziehung des Vergleichs auf den Verfahrensgegenstand und somit der Verfügungsbefugnis über diesen. Daß die Prüfung der materiellen Vergleichsvoraussetzungen nicht genügt, es vielmehr Fälle gibt, in denen ein Verfahrensvergleich unzulässig ist, auch wenn die Voraussetzungen des § 779 BGB erfüllt sind, zeigt sich gerade am Beispiel des Genehmigungsverfahrens. Daß es umgekehrt auch zu Fehlern führen kann, wenn die Frage nach der Zulässigkeit eines Verfahrensvergleichs in der fG einfach nur dahingestellt wird, ob die Beteiligten über den Verfahrensgegenstand verfügen können, hat das früher besprochene Beispiel des § 2227 BGB ergeben.

b) Die Erkenntnis, daß die Zugehörigkeit einer konkreten Angelegenheit zu den sogenannten echten Streitsachen keine Vergleichsvoraussetzung darstellt, erfährt noch eine Ergänzung, die für das Verhältnis des Kreises der vergleichsfähigen Angelegenheiten zu den echten Streitverfahren gleichfalls wichtig ist: Die Vergleichsfähigkeit ist auch *nicht* die Folge eines echten Streitverfahrens. Es sind also nicht etwa die echten Streitverfahren der „Mindestrahmen“, in dem Verfahrensvergleiche stets zulässig sind; in diesem Falle wäre

⁹³) Rpfleger 1954, Sp. 246 ff., insb. Sp. 248.

⁹⁴) Komm. z. LwVerfG, § 9 Anm. 5 a. E.; ebenso Pritsch, komm. z. LwVerfG, § 9 Anm. Vc.

nur noch die Frage zu beantworten, welche Angelegenheiten außerhalb der echten Streitverfahren ebenfalls noch Verfahrensvergleiche zulassen. In Wirklichkeit sind keineswegs alle Angelegenheiten, die in der Rechtsprechung und Literatur üblicherweise zu den echten Streitverfahren der fG gerechnet werden, für Verfahrensvergleiche geeignet. Das zeigen schon die bereits behandelten Verfahren nach § 1246 Abs. 2 und § 2227 BGB. Beide werden einmütig den echten Streitverfahren zugerechnet⁹⁵. Es wurde jedoch oben festgestellt, daß nur zwischen dem *Erben* und dem Testamentsvollstrecker bzw. zwischen dem *Eigentümer* und dem Pfandgläubiger Verfahrensvergleiche möglich sind, während eine Vergleichsmöglichkeit nicht besteht, wenn andere Personen an Stelle des Erben bzw. des Eigentümers beteiligt sind, obwohl auch in diesen Fällen echte Streitverfahren vorliegen.

Andererseits läßt sich aber auch, wie die im Abschnitt C folgende Einzeluntersuchung ergeben wird, feststellen, daß immerhin die Mehrzahl der zu den echten Streitverfahren gerechneten Angelegenheiten tatsächlich vergleichsfähig ist. Es bestehen daher keine Bedenken gegen die Ausdrucksweise, die Vergleichszulässigkeit sei in der Regel eine Eigenschaft der echten Streitverfahren. Unrichtig ist aber in jedem Fall die Formulierung, die Vergleichszulässigkeit sei eine „Folge“ der Bejahung eines echten Streitverfahrens. Es wäre daher ein Denkfehler, in den vergleichsfähigen echten Streitverfahren zu sagen, die Vergleichsfähigkeit bestehe, *weil* ein echtes Streitverfahren vorliege. Vielmehr besteht die Übereinstimmung dann nur deshalb, weil die Kriterien des echten Streitverfahrens eben in concreto den gleichen Fall erfassen wie die oben entwickelten Vergleichsvoraussetzungen.

Daß die Vergleichszulässigkeit nicht einfach mit der Bejahung oder Verneinung eines echten Streitverfahrens gleichgesetzt werden kann, erkennt man vollends, wenn man die Unbestimmtheit und Unterschiedlichkeit der Kriterien betrachtet, die in der Rechtsprechung und Literatur für die echten Streitverfahren aufgestellt werden.

Der Bundesgerichtshof spricht von echten Streitverfahren in Fällen, „in denen ein beschränkter Kreis von Beteiligten mit widersprechenden Interessen einander gegenüberstehen, so daß die in dem Verfahren ergehende gerichtliche Entscheidung, wie das Urteil im ordentlichen Zivilprozeß, den Charakter der Entscheidung eines Parteistreites besitzt“⁹⁶.

Manche, vor allem Josef, stellen auf den Begriff der „bürgerlichen Rechtsstreitigkeit“ ab und bezeichnen als echte Streitverfahren Fälle, „die ihrem Begriff nach bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, der Entscheidung im streitigen Zivilprozeß aber entzogen und dem Verfahren der fG überwiesen sind“⁹⁷, also eine Ausnahme von § 3 Abs. 1 EGZPO darstellen, wonach die Zivilprozeßordnung auf alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten Anwendung findet, welche vor die ordentlichen Gerichte gehören⁹⁸.

Bei dieser Betrachtung der echten Streitverfahren als bürgerliche Rechtsstreitigkeiten ist es konsequent, wenn Josef in der Tätigkeit des Gerichts der fG in solchen Fällen keinen Unterschied gegenüber der Tätigkeit des Prozeßgerichts sieht: „Die Tätigkeit des Gerichts der fG ist hier ganz dieselbe rein deklaratorische, wie die des Prozeßgerichts, d. h. das Gericht nimmt nicht durch die Verfügung einen Recht schaffenden Akt vor, sondern es führt vorhande-

95) Vgl. Josef, Lehrbuch, S. 100, ferner Komm. z. FGG, § 12 Zus. C; Schneider, ZZZ 29, 111; Keidel, Komm. z. FGG, § 12 Anm. 13.

96) L. M. Nr. 2 zu § 176 ZPO = Rpfleger 1953, 77/79; ebenso OLG Celle, NdsRpfl 1954, 25.

97) Josef, Lehrbuch, S. 99; de Boor, Judicium I, S. 270.

98) Daß auch die Gerichte der fG ordentliche Gerichte und keine besonderen Gerichte sind, betonen mit Recht Jastrow, ZZZ 25 S. 128, und Schneider, ZZZ 29 S. 99/100. Es sind ordentliche Gerichte, die in einer besonderen Verfahrensart entscheiden.

nes Recht durch, es schafft die Rechtslage, die dem vorhandenen Recht entspricht“⁹⁹.

Zu dem gleichen Ergebnis ist in neuester Zeit Habscheid¹⁰⁰ gekommen. Nach ihm gelten die echten Streitverfahren der *Feststellung* und *Durchsetzung subjektiver Rechte*; genau wie im Zivilprozeß werde in den echten Streitverfahren über das Bestehen oder Nichtbestehen subjektiver Rechte gestritten und über sie entschieden. Auch Rosenberg hat sich dieser Auffassung in der 6. Auflage seines Lehrbuches angeschlossen¹⁰¹.

Diese Auffassung von Josef und Habscheid erscheint jedoch als zu eng. Folgerichtig müßte man dann etwa auch das Vertragshilfeverfahren und das Hausratsverfahren aus dem Kreis der echten Streitverfahren ausnehmen, da weder der Schuldner einen Anspruch gegen den Gläubiger auf Vertragshilfe noch der eine Ehegatte gegen den anderen einen Auseinandersetzungsanspruch hat^{101a}. Auch Verfahren, in denen es um eine Neugestaltung von Privatrechtsverhältnissen geht, auf die *kein* Anspruch besteht, können wesensmäßig einem Verfahren, in dem ein materieller Anspruch auf Rechtsänderung besteht, so völlig entsprechen, daß es nicht gerechtfertigt ist, hier einen Unterschied zu machen. Nicht in völliger Zivilprozeßgleichheit, sondern in der Zivilprozeßähnlichkeit liegt das Wesen der echten Streitverfahren. Es fällt auch auf, daß weder Josef noch Habscheid auf die Problematik, wann eigentlich in der fG subjektive Rechte des einen Beteiligten gegen den anderen gegeben sind, näher eingehen. So rechnen Josef das Verfahren nach § 2227 BGB, Habscheid das Vertragshilfeverfahren und das Hausratsverfahren ohne weiteres zu den echten Streitverfahren. Sie setzen damit ein subjektives Recht in diesen Fällen voraus, obwohl dies umstritten und nach richtiger Ansicht zu verneinen ist.

Ungenau ist es auch, wenn Wöhrmann-Herminghausen¹⁰² es als Kriterium der echten Streitverfahren ansehen, ob „echte Sachanträge“ gestellt werden oder nur reine Verfahrensankträge, die das Verfahren auslösen. In der fG werden überwiegend keine bestimmten Sachanträge gefordert, auch für die echten Streitverfahren nicht immer. Beispielsweise sind im Hausratsverfahren und im Verfahren nach dem Wohnungseigentumsgesetz keine bestimmten Sachanträge vorgeschrieben¹⁰³, wenn auch der Richter aus praktischen Gründen regelmäßig die Parteien zu bestimmten Anträgen anhalten wird.

Richtig ist es dagegen, wenn Wöhrmann-Herminghausen aaO ein Kriterium der Abgrenzung zwischen den echten Streitverfahren und den übrigen Verfahren der fG darin erblicken, ob private Belange der Beteiligten oder öffentliche Interessen vorherrschen. Jedoch ist dies nicht das einzige Kriterium.

Sehr einfach macht sich Peters¹⁰⁴ die Abgrenzung der echten Streitverfahren. Er sieht ein echtes Streitverfahren überall da als gegeben an, wo Streit herrscht. Jedes Verfahren kann nach ihm zum echten Streitverfahren werden, z. B. auch das gewöhnliche Eintragungsverfahren vor dem Registergericht, das Erbscheinsverfahren, das Todeserklärungsverfahren. Sowie also in irgendeinem zunächst streitlosen Verfahren der fG ein anderer Beteiligter mit einer entgegengesetzten Meinung hervortritt, vollzieht sich nach Peters ein „formloser Übergang vom gewöhnlichen FG-Verfahren in das echte Streitverfahren“. Die Ansicht Peters ist abzulehnen. Sie würde dem Begriff der echten Streit-

99) Josef, Komm. z. FGG, § 12 Zuz. C.

100) ZJP 66, 190 ff.

101) § 166 I 1 S. 790.

101a) S. o. S. 21 f.

102) Komm. z. LwVerfG, § 9 Anm. 2 Abs. 2.

103) Für das Hausratsverfahren: BGHZ 18, 143/145 = JZ 1955, 706 f. mit Anm. von Keidel; für das Verfahren nach dem Wohnungseigentumsgesetz: Lent, ZJP 66, 281.

104) MDR 1952, 137 ff.

verfahren jeden Eigenwert nehmen, da der Begriff dann nicht mehr bestimmte Verfahrensarten, sondern nur noch den jeweiligen konkreten Verfahrensverlauf kennzeichnen würde. Die Zivilprozeßähnlichkeit gewisser Verfahrensarten der fG, deren Erkenntnis doch den Anstoß zur Lehre von den echten Streitverfahren gegeben hat, würde dann begrifflich nicht mehr erfaßt, sondern unkenntlich gemacht durch die begriffliche Vermischung mit den sonstigen „Streit“verfahren. Erst recht zeigt sich natürlich die Unhaltbarkeit der Lehre Peters', wenn man mit der Rechtsprechung und der immer mehr vordringenden Literatur eine gewisse prozessuale Sonderbehandlung der echten Streitverfahren anerkennt. Die Verfahrensgestaltung kann nicht von der zufälligen Entwicklung des Einzelfalles abhängen.

Als Merkmale der echten Streitverfahren bleiben daher zunächst einmal die Merkmale des Bundesgerichtshofes^{104a}, wonach erstens das Verfahren nur einen beschränkten Kreis von Beteiligten betreffen darf und zweitens die Beteiligten sich mit widersprechenden Interessen gegenüberstehen müssen, so daß das Verfahren den Charakter eines Parteienstreits erhält. Hinzu kommt das von Wöhrmann-Herminghausen mit Recht betonte Erfordernis, daß das Verfahren ganz oder überwiegend private Interessen wahrnehmen muß. Das Vorliegen eines subjektiven Rechts des einen Beteiligten gegen den anderen ist dagegen nicht unbedingt erforderlich. Auch die Neugestaltung von Privatrechtsverhältnissen, auf die kein Recht besteht, kann sich in einem echten Streitverfahren vollziehen.

Daß diese Charakterisierung infolge ihrer Unschärfe öfters zu Zweifeln darüber Anlaß gibt, welche Verfahren „streitig“ sind, ist nur natürlich. Um so weniger kann die Vergleichszulässigkeit einfach mit der Zurechnung der konkreten Angelegenheit zu den echten Streitsachen parallelisiert werden.

Zusammenfassend läßt sich daher feststellen, daß weder das Vorliegen eines echten Streitverfahrens eine Voraussetzung der Vergleichszulässigkeit, noch umgekehrt die Vergleichszulässigkeit eine Folge des Vorliegens eines echten Streitverfahrens ist.

C

Einzelfälle

Eine Reihe von vergleichsfähigen Angelegenheiten ist schon bei der Erörterung der Vergleichsvoraussetzungen zutage getreten. Überwiegend handelt es sich dabei um Angelegenheiten, die den echten Streitverfahren zugerechnet werden: so die Verfahren nach § 165 Abs. 2 FGG, § 1246 Abs. 2 BGB und § 2227 BGB, desgleichen die Verfahren nach der 6. DVO zum Ehegesetz und dem Vertragshilfegesetz. Im landwirtschaftlichen Zuweisungsverfahren zeigte sich aber auch ein Beispiel der Möglichkeit eines Verfahrensvergleichs außerhalb der echten Streitsachen.

Im folgenden soll eine Reihe weiterer Angelegenheiten auf ihre Vergleichsfähigkeit hin besprochen werden. Auch diese Verfahren werden von der überwiegenden Meinung zu den echten Streitverfahren der fG gerechnet, so daß man ohne weiteres erkennt, daß praktisch, wenn auch nicht infolge eines rechtlichen Bedingungs Zusammenhangs, die echten Streitverfahren für die Verfahrensvergleiche im Vordergrund des Interesses stehen.

Schwierigkeiten bereitet in vielen Fällen die Frage, ob zwischen den Beteiligten ein Rechtsverhältnis besteht, wie es § 779 BGB fordert. Es wurde schon bei der Erörterung des § 2227 BGB erkannt, daß ein Prozeßrechtsverhältnis, sofern ein solches zwischen den Beteiligten der fG überhaupt besteht, als Rechtsverhältnis in diesem Sinne nicht genügen kann, denn auf dieses Rechtsverhältnis

^{104a}) S. o. zu N. 96.

würde sich der Vergleich ja nicht beziehen, es würde nur durch eine vergleichsweise Verfahrensbeendigung von selbst mitbeendet. Wenn auch der Begriff des Rechtsverhältnisses im Sinne des § 779 BGB recht weit zu fassen ist, so kommen im Verfahren der fG praktisch doch nur materielle Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten als derartige Rechtsverhältnisse in Frage. Hierbei wird wichtig, daß die Rechtsbeziehung, wie sich ebenfalls bereits bei der Erörterung des § 2227 BGB zeigte, in zweierlei bestehen kann:

entweder in einem subjektiven Recht des einen Beteiligten gegen den anderen auf irgendeine Handlung bzw. irgendeine Rechtsänderung,

oder — und das wird mitunter in den Fällen der rechtsgestaltenden Verfahren praktisch — in dem Rechtsverhältnis selbst, das in dem Verfahren geregelt werden soll.

Die praktische Bedeutung der Hervorhebung der zweiten Fallgruppe zeigt sich in denjenigen Angelegenheiten, in denen ein subjektives Recht auf eine Rechtsänderung nicht besteht, wie in den Beispielsfällen des § 2227 BGB, des Vertragshilfeverfahrens und des Hausratsverfahrens. Mangels eines subjektiven Rechts auf eine Rechtsänderung kann das von § 779 BGB geforderte Rechtsverhältnis auch nicht in einem solchen erblickt werden, nicht also etwa in einem Anspruch des Erben gegen den Testamentsvollstrecker auf Amtsniederlegung. Hier aber ist das Rechtsverhältnis in dem gesetzlichen Schuldverhältnis selbst gegeben, dessen Aufhebung im Verfahren nach § 2227 BGB erstrebt wird; der Streit oder die Ungewißheit, ob die Voraussetzungen der prozesualen Möglichkeit gegeben sind, auf dem Wege des Verfahrens nach § 2227 eine Beendigung dieses gesetzlichen Schuldverhältnisses herbeizuführen, ist ein Streit oder eine Ungewißheit über dieses Rechtsverhältnis (vgl. o. S. 29). Entsprechend liegt ein Rechtsverhältnis im Falle des Vertragshilfeverfahrens zwar nicht in einem Recht des Schuldners gegen den Gläubiger auf Vertragshilfe, wohl aber in dem Schuldverhältnis selbst, dessen Neuregelung erstrebt wird; auch hier ist der Streit oder die Ungewißheit um die Möglichkeit, eine Neuregelung herbeizuführen, bereits ein Streit oder eine Ungewißheit über dieses Rechtsverhältnis.

In vielen Fällen gebraucht das Gesetz das Wort „kann“, indem es sagt, daß das Gericht beim Vorliegen bestimmter Voraussetzungen eine bestimmte Entscheidung treffen kann. In allen diesen Fällen tritt das gleiche Problem auf wie im Falle des § 2227 BGB; es fragt sich, ob der Ausdruck „kann“ wörtlich zu nehmen ist und die Entscheidung in das Ermessen des Gerichts stellen will, oder ob die Vorschrift nur irreführend gefaßt und praktisch als Mußvorschrift zu verstehen ist. Handelt es sich lediglich um eine Ermessensentscheidung — wie es in dem Fall des § 2227 BGB angenommen werden muß (vgl. S. 25 f.) —, dann fehlt ein subjektives Recht. Davon unabhängig ist selbstverständlich, daß das Gericht das Ermessen pflichtgemäß auszuüben hat. In diesem Sinne kann man vielleicht von einem Recht auf fehlerfreie Ermessensausübung sprechen. Ein subjektives Recht des einen Beteiligten gegen den anderen fehlt aber dennoch in allen Ermessensfällen (vgl. o. S. 22).

In einer größeren Untersuchung hat neuerdings Münzel¹⁰⁵ nachzuweisen versucht, daß mit der Zuweisung der sogenannten echten Streitsachen — die früher ja meistens im Zivilprozeß ausgetragen wurden — in das Verfahren der fG „gleichzeitig eine sachliche Umgestaltung insofern stattgefunden hat, als an Stelle eines aus einem normierten materiellrechtlichen Tatbestand entstehenden subjektiven Rechts eine dem richterlichen Ermessen anheimgestellte verwaltende Fürsorge getreten ist“¹⁰⁶. Münzel kommt also zu dem Ergebnis, daß mit der Zuweisung einer Angelegenheit in das Verfahren der fG ein Wegfall der früher in diesen Fällen bestehenden subjektiven Rechte ver-

105) ZJP 66, 357 ff.

106) AAo S. 367.

bunden gewesen sei. Dieses Ergebnis leitet Münzel daraus ab, daß die richterliche Tätigkeit durch die Verweisung der Angelegenheit in die fG den Charakter einer „verwaltenden Fürsorge“ angenommen habe. Damit ist im Ergebnis nichts anderes gesagt, als daß die „Kannvorschriften“ wirklich als Ermessensvorschriften verstanden werden sollen. Offenbar will Münzel aber sogar noch hierüber hinausgehen und auch in denjenigen Fällen, in denen eine ausdrückliche Mußvorschrift vorliegt, wie etwa im Falle des § 1358 Abs. 1 BGB (zum Unterschied von § 1358 Abs. 2), das Fehlen eines subjektiven Rechts annehmen.

Wir haben also den interessanten Gegensatz vor uns, daß ungefähr im gleichen Zeitpunkt, in dem Habscheid — dem Vorgang Josefs entsprechend — das Bestehen eines subjektiven Rechts als das entscheidende Kriterium aller „echten Streitverfahren“ behauptet hat (s. o. S. 38), Münzel gerade den Nachweis zu erbringen versucht hat, daß in *sämtlichen* Angelegenheiten der fG, auch in den echten Streitverfahren, ein subjektives Recht fehle¹⁰⁷.

Aus der geschilderten alternativen Möglichkeit, das Rechtsverhältnis im Sinne des § 779 BGB entweder in einem subjektiven Recht auf eine Rechtsänderung (bzw. auf eine Handlung) oder in dem zu ändernden Rechtsverhältnis selbst zu erblicken, folgt freilich, daß die Frage nach dem Bestehen oder Nichtbestehen eines subjektiven Rechts nur dort wirklich entscheidend ist, wo ein Rechtsverhältnis nicht jedenfalls im Sinne der zweiten Alternative festgestellt werden kann.

I. Gesellschaftsinterne Streitigkeiten

Das zuletzt Gesagte gilt vor allem für die gesellschaftsrechtlichen Fälle der Ermächtigung zur Einberufung der Hauptversammlung (§ 106 Abs. 4 AktGes., § 45 Abs. 3 GenGes.), der Ernennung und Abberufung von Liquidatoren (§§ 146, 147 HGB, 206 Abs. 2 AktGes., 66 Abs. 2 und 3 GmbHGes., 83 Abs. 3 und 4 GenGes.) und der Herbeiführung von Informationen (§§ 166 Abs. 3, 338 Abs. 3 HGB). Wenn in diesen Verfahren, die nach §§ 145, 148 FGG solche der fG sind, ein subjektives Recht der Antragssteller verneint werden muß, dann entfällt damit überhaupt die Vergleichszulässigkeit, denn das Gesellschaftsverhältnis als solches wird durch einen Vergleich über die genannten Fragen überhaupt nicht berührt. Über dieses Gesellschaftsverhältnis besteht kein Streit. Streit besteht nur über die Frage der Einberufung, der Ernennung, der Informationserteilung, über ein „Rechtsverhältnis“ mithin nur dann, wenn auf diese Einberufung, Ernennung oder Informationserteilung ein subjektives Recht besteht.

Alle hierher gehörigen Vorschriften sind „Kann“-vorschriften.

Was zunächst den § 106 Abs. 4 AktGes. angeht, so steht die Auffassung Münzels, es fehle ein subjektives Recht der Aktionäre, bereits im Widerspruch zu den Absätzen 2 und 3 der Vorschrift, die beide von einem *Recht* der Aktionäre sprechen. Daß auch der Gesetzgeber, der das Wort „kann“ einführte — erstmalig in Art. 237 des AktGes. von 1884 —, nicht an eine Beseitigung des Aktionärrechts dachte, ergibt sich aus den Motiven zum AktGes. von 1884, in denen von einem „Individualrecht“ der Aktionäre die Rede ist. Das Recht der Aktionäre, deren Anteile zusammen den zwanzigsten Teil des Grundkapitals erreichen, die Einberufung der Hauptversammlung zu verlangen, ist eine der Befugnisse, die in der Literatur allgemein als „Minderheitsrechte“ bezeichnet werden. Es ist daher berechtigt, wenn die Kommentare von Godin-Wilhelmi¹⁰⁸ und Baumbach-Hueck¹⁰⁹ zu § 106 Abs. 4 des AktGes. ausführen,

107) Die Aufsätze von Habscheid und Münzel sind in kurzem Abstand im gleichen Band der ZJP (Bd. 66, Jahrg. 1953) erschienen. Der zweite dieser beiden Aufsätze (Münzel) berücksichtigt den ersten (Habscheid) nicht mehr.

108) § 106 Anm. 9.

109) § 106 Anm. 4 A.

das Gericht *müsse*, wenn es zu dem Ergebnis komme, daß die gesetzlichen Voraussetzungen des Verlangens vorliegen, die Ermächtigung erteilen. Der § 106 Abs. 4 AktGes. ist daher eine jener Vorschriften, in denen, um mit Baumbach zu sprechen, daß Wort „kann“ die Entscheidung nur in den „Machtbereich“, nicht aber in das Ermessen des Gerichts stellt.

Teichmann-Koehler¹¹⁰, die demgegenüber den Standpunkt vertreten, „kann“ sei hier wörtlich zu verstehen, da dem Gericht die Möglichkeit bleiben müsse, einen rechtsmißbräuchlichen, insbesondere schikanösen Antrag abzulehnen, übersehen, daß Schikane niemals erlaubt ist (§§ 226, 242 BGB), so daß das Gericht einen derartigen Antrag auch ohne eine Kannvorschrift zurückweisen könnte und müßte. Wenn aber einer mißbräuchlichen Rechtsausübung auch ohne einen Ermessensspielraum des Gerichts Rechnung getragen werden kann, dann ist kein Anlaß gegeben, die Vorschrift als echte Ermessensvorschrift zu betrachten, es sei denn, man wolle dem Gericht die Befugnis einräumen, nachzuprüfen, ob das Einberufungsbegehren wirtschaftlich zweckvoll oder erfolgversprechend sei. Diese Befugnis sprechen aber sogar Teichmann-Koehler selbst, in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung, dem Gericht ab¹¹¹. Es fehlen also im Falle des § 106 Abs. 4 AktGes. praktische Gründe, wie sie im Falle des § 227 BGB die herrschende Lehre veranlaßt haben, hier in der Tat eine reine Ermessensvorschrift anzunehmen (s. o. N. 56).

Das Gleiche wie für § 106 Abs. 4 AktGes. muß für § 45 Abs. 3 GenGes. gelten.

Auch für die Vorschriften, die eine Ernennung oder Abberufung von Liquidatoren auf Antrag der gesetzlich genannten Personen oder Personengruppen vorsehen, muß ein subjektives Recht bejaht werden. Das Gesetz fordert in diesen Fällen einen „wichtigen Grund“. Es prägt damit einen unbestimmten Rechtsbegriff. Ob die Voraussetzungen dieses Rechtsbegriffs vorliegen, bleibt selbstverständlich der Würdigung des Gerichts im Einzelfall überlassen. Wenn es aber den wichtigen Grund als gegeben ansieht, dann *muß* es auch die Ernennung oder Entlassung vornehmen¹¹², von Fällen rechtsmißbräuchlicher Antragsstellung natürlich auch hier wieder abgesehen.

In den Fällen der §§ 166 Abs. 3 und 338 Abs. 3 HGB spricht für ein subjektives Recht des Kommanditisten oder stillen Gesellschafters schon der Zusammenhang mit dem jeweiligen Absatz 1 dieser Vorschriften. In dem ersten Absatz normieren beide Vorschriften ausdrücklich ein Recht auf gewisse Kontrollen. Dieses Kontrollrecht ist aber nur beschränkt. Nur beim Vorliegen eines wichtigen Grundes soll dieses beschränkte Kontrollrecht, das die Regel bildet, ausgedehnt werden. Das ist die Bedeutung des Absatzes 3, der somit nichts anderes ist als eine Erweiterung des in Absatz 1 niedergelegten Kontrollrechts für diejenigen Sonderfälle, in denen ein wichtiger Grund besteht. Daher legt die herrschende Lehre zutreffend auch die §§ 166 Abs. 3 und 338 Abs. 3 HGB als *Mußvorschriften* und damit als Normen, die subjektive Rechte des Kommanditisten und des stillen Gesellschafters festlegen, aus¹¹³.

Überhaupt erscheint die Ansicht Münzels, durch die Verweisung in das Verfahren der fG hätten die betreffenden Angelegenheiten sämtlich ihre Natur als Streit über subjektive Rechte — soweit solche vorher bestanden — eingebüßt, als unberechtigt. Es gibt freilich mehrere Angelegenheiten der fG, und zwar auch sogenannte echte Streitverfahren, denen ein subjektives Recht fehlt; das wurde an den Beispielen des Vertragshilfeverfahrens, des Hausratsverfahrens und des Verfahrens nach § 227 BGB erkannt. Dann aber liegt der Grund hierfür

110) § 106 Anm. 3.

111) AaO; KGJ 28 A Nr. 53 S. 221.

112) So für § 206 Abs. 2 AktGes. Baumbach-Hueck, Anm. 3; für § 66 Abs. 2 und 3 GmbHGes. Scholz, Anm. 5, vgl. auch Scholz § 14 Anm. 16.

113) Staub-Pinner, § 166 Anm. 6, § 338 Anm. 9; Baumbach-Duden, § 166 Anm. 4 A.

nicht in der Übertragung der Angelegenheit in das Verfahren der fG, sondern in der sachlichrechtlichen Ausgestaltung der Angelegenheit. Regelmäßig wünschte der Gesetzgeber mit der Verweisung lediglich sich das elastischere und für die in Rede stehenden Angelegenheiten vielfach zweckvollere Verfahren der fG zunutze zu machen, ohne damit aber die materielle Rechtssphäre der Beteiligten antasten zu wollen. Die Hauptvorteile des Verfahrens der fG dürfte der Gesetzgeber hierbei in der Geltung des Untersuchungsgrundsatzes an Stelle des Verhandlungsgrundsatzes und in dem Fehlen eines strengen Zweiparteien-Schemas erblickt haben, das im Zivilprozeß gilt und die Einbeziehung Dritter in den Rechtsstreit und in die Entscheidung sehr erschwert¹¹⁴. Aber auch in manchen anderen Beziehungen erschien dem Gesetzgeber das Verfahren der fG als mehr der Sache entsprechend.

Die Auffassung Münzels ist auch vom rechtspolitischen Standpunkt aus nicht billigenswert. Mit Recht stellt Ferge¹¹⁵ fest: „Es wird immer weniger Gewicht auf die Verwirklichung subjektiver Rechte gelegt als auf die bedingungslose Durchsetzung staatlicher Machtansprüche, die irgendeinem angeblichen billigen Ermessen entsprechen“. In der Tat besteht keinerlei Anlaß, diese Tendenz der neueren Rechtsentwicklung dadurch zu unterstützen, daß man ohne Not im Anschluß an Münzel einen Verlust der subjektiven Rechte in allen Angelegenheiten der fG annimmt.

In denjenigen Fällen, in denen als gesetzliche Voraussetzung der Maßnahme, die das Gericht treffen „kann“, ein unbestimmter Rechtsbegriff wie insbesondere ein wichtiger Grund festgelegt ist, wird die praktische Bedeutung der Frage, ob die Kannvorschrift wörtlich zu interpretieren ist oder nicht, regelmäßig gering sein. Denn das Gericht wird regelmäßig dann, wenn ihm eine stattgebende Entscheidung als unbillig erscheint, einen wichtigen Grund einfach verneinen. Für die Vergleichszulässigkeit aber gewinnt die Frage eine erhebliche Bedeutung, denn von ihrer Beantwortung hängt die Bejahung oder Verneinung eines subjektiven Rechts und damit eines „Rechtsverhältnisses“ im Sinne des § 779 BGB ab, sofern man nicht im Sinne der erwähnten zweiten Alternativmöglichkeit das zu gestaltende Rechtsverhältnis selbst genügen lassen kann. Angesichts dieser Bedeutung, welche die Auslegung von Kannvorschriften für die Vergleichszulässigkeit mitunter gewinnt, ist es besonders erfreulich, daß diese Auslegung nicht einfach für alle Vorschriften mit gleichem Ergebnis vorgenommen werden kann, man vielmehr auf die einzelne Vorschrift abstellen muß. Daß dies eine gewisse Rechtsunsicherheit bedeutet, ist nicht zu verkennen. Andererseits wiegt diese Rechtsunsicherheit aber für die Vergleichszulässigkeit doch nicht so schwer, denn ein Zweifel über das Bestehen eines subjektiven Rechts schafft eine „Ungewißheit“ im Sinne des § 779 BGB über das Bestehen eines Rechtsverhältnisses, da der Streit oder die Ungewißheit sich auch auf rechtliche Umstände beziehen kann und sich nicht unbedingt auf tatsächliche Dinge zu richten braucht; in rechtlich wirklich zweifelhaften Fällen können daher die Vergleichsvoraussetzungen doch gegeben sein.

Jedenfalls ist festzustellen, daß die materielle Vergleichsvoraussetzung des zwischen den Kontrahenten bestehenden Rechtsverhältnisses für den Vergleich der fG, in der das Bestehen eines subjektiven Rechts vielfach zweifelhaft ist, ein besonderes und typisches Problem bereitet, das für den Vergleich des Zivilprozesses nicht entsteht. Diese Schwierigkeit wäre nur zu umgehen, indem man für den Vergleichsvergleich der fG auf die materiellrechtlichen Vergleichsvoraussetzungen überhaupt verzichtet, wie es die bereits früher erwähnte Mindermeinung für den Vergleich des Zivilprozesses für richtig hält. Dieser Weg ist

114) Vgl. Bosch, Arch. civ. Pr. 149, 63.

115) NJW 1949, 229.

jedoch nicht gangbar. Jeder Vergleichsvergleich ist nach seiner einen Seite ein Vergleich des materiellen Rechts. Er bedarf daher auch aller materiell-rechtlichen Vergleichsvoraussetzungen. Für einen spezifischen Vergleichsbegriff des Prozeßrechts fehlen Anhaltspunkte, zumal in der fG.

Das beiderseitige Nachgeben, wie es § 779 BGB ferner erfordert, ist in den besprochenen gesellschaftsrechtlichen Beispielfällen in sehr verschiedener Weise denkbar. Als Nachgeben genügt wie im zivilprozessualen Vergleich schon die Übernahme kostenmäßiger Verpflichtungen, da das Nachgeben nicht den Hauptpunkt zu betreffen braucht und auch auf prozessualen Gebiet liegen kann¹¹⁶. Ein beiderseitiges Nachgeben im Hauptpunkt ist im Verfahren nach § 106 Abs. 4 AktGes. etwa dann gegeben, wenn der Vorstand sich im Vergleich zur Einberufung der Hauptversammlung verpflichtet¹¹⁷, die antragsstellende Aktionärsminderheit sich aber mit einem späteren Zeitpunkt für die Hauptversammlung zufrieden gibt als ursprünglich gefordert war, oder wenn die Aktionärsminderheit, die gleichzeitig beantragt hatte, nach § 106 Abs. 3 bestimmte Punkte auf die Tagesordnung zu setzen, auf einzelne dieser Punkte als Gegenstand der Tagesordnung verzichtet¹¹⁸. Im Verfahren nach § 146 Abs. 2 HGB kann das Nachgeben beispielsweise die Personen der Liquidatoren oder den Zeitpunkt der Berufung betreffen, je nachdem, worum der Streit der Beteiligten vorher ging. Entsprechend kann etwa im Verfahren nach § 147 HGB das Nachgeben des Antragsstellers, der sofortige Abberufung eines Liquidators verlangt hatte, darin liegen, daß er sich mit einer Abberufung zu einem späteren Zeitpunkt begnügt. Hat ein Kommanditist oder stiller Gesellschafter ein Verfahren nach § 166 Abs. 3 oder § 338 Abs. 3 HGB mit dem Antrag eingeleitet, ihm die Bilanzen zweier Jahre mitzuteilen, so ist ein Nachgeben in der Weise denkbar, daß der Antragsgegner (Komplementär oder Inhaber) sich zur Mitteilung der Bilanz für das eine Jahr verpflichtet, der Antragssteller dafür auf die Mitteilung für das andere Jahr verzichtet¹¹⁹. Aus dem Umstand, daß ein Vergleich sich nicht im Rahmen der Zuständigkeit des Gerichts, vor dem der Vergleich geschlossen wird, zu halten braucht (s. o. S. 31), ergibt sich die Möglichkeit, das Verfahren nach § 166 Abs. 3 oder § 338 Abs. 3 HGB beispielsweise dadurch zu beenden, daß der Antragssteller auf die Informationserteilung verzichtet, der Antragsgegner sich zur Stellung von Sicherungen verpflichtet.

Auch die prozessualen Vergleichsvoraussetzungen, daß der Vergleich sich auf den Verfahrensgegenstand beziehen und dieser daher der Verfügungsbefugnis der Beteiligten unterliegen muß, sind bei solchen Vergleichen erfüllt. Die Parteien können das Verfahrensergebnis durch einverständliche Regelung erreichen, ohne daß dem irgendwelche Bedenken aus einem überwiegenden öffentlichen Interesse entgegenstünden. Dort wo ein echter „Leistungsanspruch“ besteht, wie in den Fällen der §§ 166 Abs. 3 und 338 Abs. 3 HGB, untersteht der Verfahrensgegenstand (die auf den Anspruch gerichtete Rechtsbehauptung) gleichfalls der Beteiligendisposition; auch hier bestehen keine überwiegenden öffentlichen Interessen, die eine einverständliche Regelung des in Rede stehenden Anspruches als bedenklich erscheinen lassen könnten.

116) Die Frage, ob das Nachgeben eines oder beider Vergleichsschließenden auf prozessualen Gebiet liegen kann, ist nicht zu verwechseln mit der anderen Frage, ob ein etwaiges „Prozeßrechtsverhältnis“ der Beteiligten der fG als Rechtsverhältnis im Sinne des § 779 BGB genügt. Diese Frage wurde oben auf den Seiten 28 und 39/40 behandelt und verneint.

117) Nicht möglich wäre es, daß der Vorstand vergleichsweise die Aktionärsminderheit für berechtigt erklärt, die Hauptversammlung selbst einzuberufen. Die Einberufung ist kraft Gesetzes (§ 105 Abs. 1 S. 1 AktGes.) grundsätzlich Sache des Vorstandes und nur das Gericht ist nach § 106 Abs. 4 befugt, das Einberufungsrecht ausnahmsweise auch einer Aktionärgruppe zu erteilen.

118) Vgl. Josef, Gruch. Beitr. 48, 562.

119) Beispiel von Josef, aaO S. 559.

II. Das Verfahren zur Festsetzung einer Vergütung für Prüfer oder besondere Vertreter

(§§ 27 Abs. 2, 45 Abs. 3, 136 Abs. 5, 244 Abs. 4 AktGes., 145 FGG)

Auch hier handelt sich um gesellschaftsrechtliche Vorschriften. Sie unterscheiden sich aber von den unter I) behandelten insofern, als sie nicht die Beziehungen der Gesellschafter untereinander bzw. gegenüber der Gesellschaft regeln, sondern die Beziehungen außenstehender Personen gegenüber der Gesellschaft.

Daß in diesen Fällen zwischen den Beteiligten ein Rechtsverhältnis im Sinne eines subjektiven Rechts der Prüfer bzw. Vertreter gegen die Gesellschaft in Rede steht, kann noch weniger zweifelhaft sein als in den Fällen zu I). Das Gesetz spricht nämlich in den genannten Vorschriften ausdrücklich von „Ansprüchen“ der Prüfer und Vertreter.

Die Vorschriften sind insofern bemerkenswert und eine Besonderheit des Rechts der fG, als zum Unterschied etwa von dem Fall des § 165 Abs. 2 FGG nicht nur die *Höhe* des Anspruches festgestellt wird, sondern von dem Gericht der fG eine regelrechte „Verurteilung“ der verpflichteten Gesellschaft mit Vollstreckbarkeit nach den Vorschriften der *Zivilprozeßordnung* vorgenommen werden kann.

Die Dispositionsbefugnis bietet keine Probleme. Die materiellen und prozesualen Voraussetzungen des Verfahrensvergleichs sind in solchen Fällen daher ohne Schwierigkeit zu bejahen.

III. Das Verfahren über die gerichtliche Bestimmung von Art und Umfang des einem unverheirateten Kind zu gewährenden Unterhalts

(§ 1612 Abs. 2 S. 2 BGB)

Hier stellt sich die Frage, ob ein subjektives Recht des Kindes auf eine besondere Art der elterlichen Unterhaltsleistung besteht, etwas anders als in den zu I) erörterten Fällen. Es ist hier nicht nur die Bedeutung der „Kann“-Bestimmung zu behandeln, sondern es kommt die Überlegung hinzu, ob nicht die gesetzliche Konstruktion, wonach das Vormundschaftsgericht erst die Bestimmung der Eltern *ändert*, nicht aber unmittelbar die besondere Art der Unterhaltsgewährung anordnet — die Durchsetzung des Anspruches auf die besondere Unterhaltsgewährung erfolgt dann erst im Zivilprozeß auf Grund der Änderungsverfügung des Vormundschaftsgerichts¹²⁰ —, einem subjektiven Recht des Kindes entgegensteht. Man könnte vielleicht den Standpunkt vertreten, daß bei dieser Konstruktion des Gesetzes der Anspruch des Kindes auf eine von der Bestimmung der Eltern abweichende Art der Unterhaltsgewährung überhaupt erst durch die Änderungsverfügung des Vormundschaftsgerichts geschaffen werde.

§ 1612 Abs. 2 S. 2 BGB ist nun aber gerade einer derjenigen Fälle, in denen die Frage nach dem Bestehen eines subjektiven Rechts dahingestellt bleiben kann, denn hier ist ein Streit oder eine Ungewißheit über ein zwischen den Parteien bestehendes „Rechtsverhältnis“ jedenfalls im Sinne der erwähnten *zweiten* Alternativmöglichkeit gegeben. Es liegt nämlich jedenfalls ein Streit oder eine Ungewißheit über das zu gestaltende Rechtsverhältnis selbst vor, nämlich über die elterliche Unterhaltsverpflichtung als solche. Deren inhaltliche Ausgestaltung steht in Rede. Die Unterhaltsverpflichtung wird infolgedessen notwendig durch den Vergleich berührt.

¹²⁰) RG JW 1903 Beilage S. 29/30; Staudinger-Engelmann, § 1612 Anm. 2 b; Planck, Komm. z. BGB, § 1612 Anm. 4.

Als Streit oder Ungewißheit über dieses Rechtsverhältnis (die Unterhaltspflicht als solche) genügt der Streit oder die Ungewißheit, ob das Kind die *Möglichkeit* hat, im Wege des Verfahrens nach § 1612 Abs. 2 S. 2 BGB die inhaltliche Änderung der elterlichen Unterhaltspflicht herbeizuführen¹²¹.

Die sonstigen Vergleichsvoraussetzungen bereiten im Falle des § 1612 Abs. 2 S. 2 keine Schwierigkeiten. Das beiderseitige Nachgeben kann etwa darin bestehen, daß die Eltern sich mit der geforderten Geldleistung statt der ursprünglich von ihnen bestimmten Naturalleistung einverstanden erklären, das Kind dagegen die Höhe der ursprünglich geforderten Geldleistungen einschränkt oder in der Zahlungsart Zugeständnisse macht, z. B. statt vierteljährlichen Raten im voraus, wie es ursprünglich gefordert hatte, sich mit monatlichen Raten begnügt. Die Dispositionsbefugnis ist ohne weiteres zu bejahen, da die Beteiligten das mögliche Verfahrensergebnis auch durch freie Vereinbarung erreichen können.

Zu verweisen ist jedoch auf die obigen Ausführungen zu B II 1, wonach eine Pflegerbestellung für den Vergleichsschluß unerläßlich ist. Außerdem bedarf der Vergleich nach §§ 1822 Z. 12, 1915 Abs. 1 BGB auch noch der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung. Diese Erfordernisse erschweren den Vergleichsschluß im Verfahren nach § 1612 Abs. 2 S. 2 natürlich außerordentlich. Immerhin ist der Vormundschaftsrichter, vor dem der Vergleich geschlossen wird, gleichzeitig auch Genehmigungsbehörde, so daß sich die Erledigung hierdurch wieder etwas vereinfacht. Der Richter wird außerdem in manchen Fällen trotz der Notwendigkeit der Pflegerbestellung lieber den Vergleichsweg vorschlagen, um den Eindruck einer „Verurteilung“ der Eltern zu vermeiden, ganz abgesehen davon, daß durch die später zu besprechende Vollstreckungswirkung des Vergleichs ein Zivilprozeß entbehrlich wird, der unvermeidlich wäre, falls die Eltern nicht freiwillig die durch einen gerichtlichen Beschluß angeordnete Unterhaltsleistung erbringen.

IV. Das Verfahren über die Aufhebung der Beschränkung oder Ausschießung der Schlüsselgewalt

(§ 1357 Abs. 2 S. 2 BGB)

Auch hier kann entsprechend dem Fall des § 1612 Abs. 2 S. 2 BGB die Frage, ob ein subjektives Recht der Ehefrau auf Wiederherstellung der Schlüsselgewalt besteht¹²², dahingestellt bleiben. Die sogenannte Schlüsselgewalt bedeutet nämlich nicht nur eine Vertretungsbefugnis der Frau Dritten gegenüber, sondern auch eine Geschäftsführungsbefugnis gegenüber dem Mann. Auch dieses zwischen den Beteiligten bestehende Rechtsverhältnis wird aber durch den Vergleich geregelt und vor dieser Regelung besteht über es Streit oder Ungewißheit in der Form des Streites oder der Ungewißheit darüber, ob die Ehefrau Chancen hat, im Verfahren nach § 1357 Abs. 2 S. 2 BGB die volle Wiederherstellung ihres Geschäftsführungsrechts (daneben natürlich auch ihres Vertretungsrechts) zu erreichen.

Sehr problematisch ist in diesem Falle aber die Frage der Verfügungsbefugnis. § 1357 enthält nämlich mit der Gewährung der sogenannten Schlüsselgewalt *zwingendes Recht*. Überwiegend werden daher abweichende Verein-

121) Vgl. die entsprechenden Ausführungen für den Vergleich im Verfahren nach § 2227 BGB oben S. 29.

122) Gegen ein subjektives Recht offenbar Enneccerus-Kipp-Wolff, Familienrecht, die in früheren Auflagen (vgl. 2. Bearbeitung 1914 § 43 IV 2) das subjektive Recht der Ehefrau bejaht haben, in den späteren Auflagen (jedenfalls seit der 5. Bearbeitung im Jahre 1925) dagegen nicht mehr von einem subjektiven Recht sprechen.

barungen für unzulässig gehalten¹²³. Dies ist allerdings umstritten. Manche¹²⁴ halten solche Vereinbarungen uneingeschränkt für wirksam mit der Begründung, die Zulässigkeit ergebe sich aus § 1357 Abs. 2; wenn nämlich die Ehefrau sich selbst mit der Ausschließung der Schlüsselgewalt einverstanden erklärt habe, dann könne von einem Mißbrauch des Rechts des Mannes keine Rede sein. Diese Ansicht ist unrichtig. Bei der Schlüsselgewalt der Ehefrau handelt es sich ebenso wie bei der Pflicht der Ehegatten zur ehelichen Lebensgemeinschaft (§ 1353) und bei dem Recht und der Pflicht der Frau, das gemeinsame Hauswesen zu leiten (§ 1356), um eine notwendige Folge des durch die Eheschließung zwischen den Ehegatten begründeten persönlichen Verhältnisses. Ihre Abdingung würde das Wesen der Ehe berühren. Aus diesem Grunde ist die Annahme der zwingenden Natur dieser Vorschriften — zum Teil auch der übrigen Vorschriften des 5. Titels des Familienrechts — gerechtfertigt. Allerdings können die Ehegatten im Ergebnis eine Beseitigung der Schlüsselgewalt dadurch erreichen, daß der Ehemann nach § 1357 Abs. 2 S. 1 und 3, § 1435 BGB die Schlüsselgewalt ausschließt, auch die Ausschließung in das Güterrechtsregister eintragen läßt, und die Ehefrau hiergegen einfach nichts unternimmt. Die Ausschließung ist wirksam; der Registerrichter ist auch nicht befugt, die Eintragung von der Prüfung abhängig zu machen, ob die Ausschließung mißbräuchlich ist¹²⁵. Diese Prüfung erfolgt erst, wenn die Frau die Wiederherstellung der Schlüsselgewalt im Verfahren nach § 1357 Abs. 2 S. 2 BGB beantragt. Dann aber zeigt sich die zwingende Natur des § 1357 BGB, denn eine etwaige Vereinbarung der Ehegatten über die Ausschließung muß als nichtig unberücksichtigt bleiben. Die Ausschließung der Schlüsselgewalt kann also im Verfahren nach § 1357 Abs. 2 S. 2 nur Bestand haben, wenn unabhängig von dem früheren Einverständnis der Frau Gründe für die Ausschließung vorhanden sind.

Eine Mittelmeinung vertreten einige Schriftsteller, die zwar einen Ausschluß der Schlüsselgewalt für unzulässig, dagegen eine Regelung des *Umfangs* der Schlüsselgewalt für zulässig halten¹²⁶. Für diese Meinung spricht vieles. Es erscheint insbesondere als mit dem Wesen der Ehe verträglich, wenn die Ehegatten im Wege der Vereinbarung beispielsweise der Ehefrau eine Wertgrenze setzen, bis zu der sie Geschäfte tätigen kann. Ein Vorbehalt ist aber zu machen: solche Beschränkungsverträge können nur insoweit gültig sein, als die Beschränkung nicht so erheblich ist, daß der Frau die Ausübung ihres Rechts und die Erfüllung ihrer Pflicht, das gemeinsame Hauswesen zu leiten (§ 1356 BGB), unmöglich gemacht wird. Die Schlüsselgewalt ist ja nichts anderes als die notwendige Ergänzung dieses Rechts und dieser Pflicht aus § 1356 BGB^{126a}. Gehen die Beschränkungen der Schlüsselgewalt der Frau so weit, daß die Leitung des Hauswesens nicht mehr durchführbar ist, dann berühren diese Beschränkungen somit doch wieder das Wesen der Ehe. Mit diesem Vorbehalt ist aber der genannten Mittelmeinung zuzustimmen. Die extreme Auffassung, die von der

123) RGZ 61, 50/53; Staudinger-Engelmann, Vorbem. VII vor §§ 1353 ff. und Anm. 7 zu § 1357; Planck-Unzner, Vorbem. 8 vor §§ 1353 ff. und Anm. 17 zu § 1357; Wieruszowski, Eherecht, § 6 I S. 36. Die Entscheidung des OLG Schleswig vom 8. 10. 1953 (NJW 1954, 155) steht hierzu trotz des etwas irreführenden Leitsatzes b) nicht im Widerspruch; das OLG bejaht in den Gründen nicht die Wirksamkeit einer derartigen Vereinbarung, sondern stützt seine Entscheidung gerade darauf, daß eine solche Vereinbarung nicht vorgelegen habe.

124) Rothe, Die Schlüsselgewalt der Ehefrau, S. 11 (zitiert nach Staudinger-Engelmann aaO) und Breit, DJZ 1907, 779.

125) OLG Schleswig, NJW 1954, 155; Keidel, JZ 1954, 238.

126) Opet-Blume, § 1357 Anm. 7; Schmidt, § 1357 Anm. 6 b; Dernburg, Familienrecht, § 34 N. 12.

126a) Müller-Freienfels, Zur heutigen „Schlüsselgewalt“, in Festschrift für Heinrich Lehmann zum 80. Geburtstag, S. 388/393.

herrschenden Meinung vertreten wird und jede Vereinbarung über die Schlüsselgewalt, auch solche über ihren Umfang, für unzulässig hält, schießt über das Ziel hinaus. Innerer Grund für die Unabdingbarkeit gewisser Vorschriften des 5. Titels des Familienrechts ist die Unantastbarkeit des Wesens der Ehe. Soweit dieses Wesen nicht berührt wird, bestehen gegen die Zulässigkeit von Vereinbarungen keine Bedenken.

Diese Auffassung dient auch einem praktischen Interesse. In der Regel werden Anlaß für die Ausschließung der Schlüsselgewalt Rechtsgeschäfte der Frau sein, die nach Ansicht des Mannes die Schlüsselgewalt überstiegen haben. Hier wird häufig der Richter den Frieden zwischen den Eheleuten dadurch wiederherstellen können, daß er eine Verständigung über die Grenzen der Schlüsselgewalt herbeiführt, worauf der Ehemann zur Rücknahme der Ausschließung bereit ist. Für dieses Ergebnis spricht ferner die Überlegung, daß der Vormundschaftsrichter, wenn er zur Entscheidung hätte kommen müssen, ebenfalls befugt gewesen wäre, die Schlüsselgewalt nur teilweise wiederherzustellen¹²⁷. Der Vormundschaftsrichter steht also bei seiner Entscheidung keineswegs nur vor der Alternative, dem Antrag ganz stattzugeben oder ihn ganz zurückzuweisen. Dann aber erscheint es wünschenswert, daß die Eheleute dieses Ergebnis auch durch eine Vereinbarung, die eine größere Gewähr für den ehelichen Frieden bietet, erreichen können.

Die herrschende Meinung könnte einen Vergleich nur zulassen, wenn er die Schlüsselgewalt der Frau uneingeschränkt wiederherstellt. Das Nachgeben der Frau könnte in einem solchen Fall auf kostenmäßigem Gebiet liegen, allerdings auch darin, daß sie sich verpflichtet, gewisse Verbindlichkeiten aus Rechtsgeschäften, welche nach Ansicht des Mannes die Schlüsselgewalt überschritten haben, ganz oder wenigstens teilweise aus eigenen Mitteln zu berichtigen bzw. bereits getätigte Ausgaben zu ersetzen¹²⁸. Auch hier wird wieder der Satz wesentlich, daß der Vergleich sich nicht in den Zuständigkeitsgrenzen des Gerichts zu halten braucht, vor dem er geschlossen wird, denn eine derartige Verpflichtung der Frau gehört natürlich nicht zur Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts.

Nach der hier vertretenen Auffassung sind Vergleiche in etwas weiterem Umfang möglich: die Ehegatten können sich grundsätzlich auch über den Umfang der Schlüsselgewalt einigen und die Schlüsselgewalt in diesen Grenzen wiederherstellen. Nicht möglich wäre aber auch nach der hier vertretenen Auffassung ein Vergleich des Inhalts, daß die Schlüsselgewalt zu einem späteren Zeitpunkt, etwa in einem Jahr, wiederhergestellt werden soll. Das wäre keine Regelung des Umfangs der Schlüsselgewalt, sondern die Vereinbarung einer — zeitweisen — *Ausschließung*. Diese Vereinbarung wäre daher mit dem Wesen der Ehe unvereinbar und nichtig.

Zusatz: § 1357 BGB und der Gleichheitsgrundsatz

Seit der Verwirklichung des Gleichheitsgrundsatzes am 1. 4. 1953 (Art. 3 Abs. 2, 117 Abs. 1 GG) ist es zweifelhaft, in welcher Gestalt das Rechtsinstitut der Schlüsselgewalt heute gilt¹²⁹. Die überwiegende Meinung in Rechtsprechung und Literatur geht dahin, daß *beide* Ehegatten Schlüsselgewalt haben, daß jeder von ihnen die Schlüsselgewalt des anderen ausschließen oder beschränken kann und daß im Falle des Mißbrauchs dieses Rechts der durch eine derartige Maßnahme Beschwerde eine Aufhebung durch das Vormundschaftsgericht herbeizuführen befugt ist¹³⁰. Vereinzelt wird auch der Standpunkt ver-

127) Planck-Unzner, § 1357 Anm. 11 Abs. 2.

128) Vgl. Josef, Gruch. Beitr. 48, 563.

129) Vgl. die ausführliche Darstellung von Müller-Freienfels, Zur heutigen „Schlüsselgewalt“, in Festschrift für Heinrich Lehmann zum 80. Geburtstag, S. 388 ff.

130) LG Lüneburg, NJW 1953, 1351, bestätigt durch OLG Celle, NJW 1954, 156; OLG Schleswig, NJW 1954, 155; OLG Köln, JMBINRW 1954, 6; Arnold, MDR 1953, 264; Dölle, JZ 1953, 357; Breetzke, NJW 1953, 1352; Palandt-Lauterbach, § 1357 Vorbemerkung.

treten, die alleinige Schlüsselgewalt der Ehefrau verstoße nicht gegen den Grundsatz der Gleichberechtigung, so daß § 1357 in seiner alten Form weitergelten müsse^{130a}.

Die dritte theoretisch denkbare Möglichkeit, daß die Schlüsselgewalt und damit der gesamte § 1357 BGB ersatzlos fortgefallen sei, wird — soweit ersichtlich — mit Recht nirgends vertreten.

Welche der beiden erstgenannten Meinungen zutrifft, kann dahingestellt bleiben. Denn nach beiden Ansichten ist ja ein Verfahren im Sinne des § 1357 Abs. 2 S. 2 BGB möglich, nach der ersten Ansicht für beide Ehegatten, nach der zweiten Ansicht nach wie vor nur für die Ehefrau. Nach der ersten Ansicht kann es demnach theoretisch auch vorkommen, daß die Schlüsselgewalt des Mannes ausgeschlossen wird und in einem vormundschaftsgerichtlichen Verfahren ein Vergleich über die Wiederherstellung geschlossen werden soll. Hier entfällt allerdings das Recht und die Pflicht der Leitung des gemeinsamen Hauswesens als Richtungsweiser für die Zulässigkeitsgrenzen der Regelung des Umfangs der Schlüsselgewalt, da der Mann ein solches Recht und eine solche Pflicht grundsätzlich nicht hat¹³¹. Insofern sind die Grenzen schwieriger zu bestimmen. Dennoch kann kein Zweifel daran bestehen, daß ein vertraglicher *Ausschluß* der Schlüsselgewalt auch für den Ehemann unmöglich ist, sondern nur eine Regelung des Umfangs in Frage kommt.

Wenn sich die zu erwartende gesetzliche Neuregelung an den Regierungsentwurf anschließt, der die Ausschließung der (für beide Ehegatten bestehenden) Schlüsselgewalt nur durch das Vormundschaftsgericht (auf Antrag eines Ehegatten) vorsieht¹³², dann bedeutet dies zwar gegenüber der heutigen gesetzlichen Regelung eine Änderung, doch sind auch in einem solchen Verfahren Vergleiche möglich. Das zwischen den Parteien bestehende Rechtsverhältnis, um das der Streit der Beteiligten geht, ist auch hier die (wechselseitige) Geschäftsführungsbefugnis, die durch beiderseitiges Nachgeben geregelt werden kann. Auch die Frage, in welchem Umfang die Ehegatten Vereinbarungen treffen, über den Verfahrensgegenstand also disponieren können, wäre genauso zu beantworten, wie es oben für den geltenden Rechtszustand geschildert wurde.

V. Das Verfahren über die Ermächtigung des Mannes zur Kündigung einer persönlichen Leistungspflicht der Frau (§ 1358 Abs. 1 BGB)

Die Vorschrift des § 1358 Abs. 1 BGB, die den Mann befugte, eine persönliche Dienstleistung der Frau mit Ermächtigung des Vormundschaftsgerichts zu kündigen, widerspricht eindeutig dem Gleichheitsgrundsatz. Sie ist aus diesem Grunde schon bei der Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuches angegriffen worden¹³³, und heute ist man sich darüber einig, daß sie am 1. 4. 1953 in Wegfall gekommen ist¹³⁴. Auch sehen weder der Regierungsentwurf noch

130a) Hagemeyer, NJW 1953, 604 Ziff. 6 a. E.

131) Vgl. Palandt-Lauterbach, § 1356 Vorbemerkung.

132) Vgl. Maßfeller, Das neue Familienrecht, S. 15 und 76.

Nachtrag: Das nach Fertigstellung der vorliegenden Arbeit verkündete Gleichberechtigungsgesetz vom 18. 6. 1957 (BGBl. I S. 609) hat die Schlüsselgewalt nicht entsprechend dem Regierungsentwurf geregelt, sondern es in § 1357 bei der alleinigen Schlüsselgewalt der Frau belassen. Auch die Möglichkeit der Ausschließung durch den Ehemann und das Recht der Frau, die Wiederherstellung zu beantragen, sind geblieben, wobei lediglich als Voraussetzung für das letztgenannte Recht an die Stelle des „Mißbrauchs“ das Fehlen eines wichtigen Grundes für die Ausschließung getreten ist. Die Vergleichsmöglichkeit im Wiederherstellungsverfahren ist daher in gleicher Weise wie bisher gegeben.

133) Vgl. v. Lillenthal, Das Kündigungsrecht des Ehemannes aus § 1358 BGB, S. 6 zu N. 1.

134) Palandt-Lauterbach, § 1358 Vorbemerkung; Dölle, JZ 1953, 157 zu N. 22; Hagemeyer, NJW 1953, 603 Z. 5a; Finke, BB 1953, 271.

der Gegenentwurf der sozialdemokratischen Fraktion eine entsprechende Vorschrift vor. Daß eine anspruchsvolle berufliche Tätigkeit der Ehefrau eine Verletzung ihrer ehelichen Pflichten bedeuten und zu einer Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens oder gar auf Ehescheidung berechtigen kann, ist eine andere Frage, die hier schon deshalb nicht interessiert, weil es sich dann um Zivilprozesse handelt, nicht aber um Verfahren der fG.

Der Fall des § 1358 Abs. 1 BGB ist daher nicht mehr von aktuellem, sondern nur noch von historischem Interesse. Immerhin aber ist er für die vorliegende Untersuchung insofern bemerkenswert, als er einen weiteren Beweis für den Satz erbringt, daß die sogenannten echten Streitverfahren nicht immer auch vergleichsfähig sind. Über die Zugehörigkeit des Verfahrens nach § 1358 Abs. 1 BGB zu den echten Streitverfahren bestand in der Literatur kein Streit. Es fehlte jedoch die Dispositionsbefugnis über den Verfahrensgegenstand. Die Kündigungsberechtigung des Mannes konnte nämlich nicht durch einen Akt der Beteiligten begründet werden.

Die Ermächtigung des Ehemannes zur Kündigung, die das Ziel des Verfahrens nach § 1358 Abs. 1 war, berechtigte ihn, in das Rechtsverhältnis nicht nur der Ehefrau, sondern auch eines *Dritten*, des Dienstberechtigten, einzugreifen. Diese Befugnis des Mannes konnten die Ehegatten nicht im Wege einer bloßen Vereinbarung schaffen, auch nicht durch einen Verfahrensvergleich. Denn auch für prozeßrechtliche Verträge und für Verträge gemischter Natur gilt ebenso wie für Verträge des materiellen Rechts der Grundsatz, daß sie nur unter den Vertragsparteien, nicht aber gegenüber Dritten Wirkungen entfalten können¹³⁵. Nur der richterliche Akt der Ermächtigung konnte die Befugnis des Mannes, in die vertraglichen Beziehungen der Frau zu dem Dritten einzugreifen, begründen.

VI. Die Verfahren über die gerichtliche Ersetzung der gesetzlich geforderten Zustimmung eines anderen zu einem Rechtsgeschäft

Die verschiedenen Fälle, in denen die Möglichkeit der gerichtlichen Ersetzung einer gesetzlich geforderten Zustimmung eines anderen zu einem Rechtsgeschäft vorgesehen ist, werfen zunächst wieder die Frage nach dem Bestehen eines „Rechtsverhältnisses“ zwischen den Beteiligten auf.

So etwa der Fall des § 3 Abs. 3 des Ehegesetzes. Die erforderliche Einwilligung des gesetzlichen Vertreters und des Sorgeberechtigten (falls dem gesetzlichen Vertreter nicht ohnehin auch die Personensorge zusteht) zur Eheschließung eines Minderjährigen kann nach dieser Vorschrift durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden. Ob ein subjektives Recht des Minderjährigen gegen den gesetzlichen Vertreter und den Sorgeberechtigten auf Erteilung der Einwilligung besteht, ist zweifelhaft. Jedenfalls ist umgekehrt die Erteilung oder Versagung der Einwilligung als Recht des gesetzlichen Vertreters bzw. Sorgeberechtigten gestaltet. Dieses „Recht zur Erteilung oder Versagung der Einwilligung“ ist ein Ausfluß des gesetzlichen Vertretungsrechts bzw. des Personensorgerechts¹³⁶. Münzel, der auch dieses subjektive Recht verneint¹³⁷, hat hier ebensowenig recht wie in den früher besprochenen gesellschaftsrechtlichen Fällen. Die Protokolle der 2. Kommission¹³⁸, auf die Münzel sich stützt, bringen im Gegenteil ganz klar zum Ausdruck, daß die Gründe für die Verweisung der Angelegenheit in das Verfahren der fG auch hier nur Gründe der verfahren-

135) Schiedermaier, Vereinbarungen im Zivilprozeß, S. 138, 158, 161.

136) KG HRR 1941 Nr. 765; Hoffmann-Stephan, Komm. z. Ehegesetz, § 3 Anm. 4 A; Godin, Komm. z. Ehegesetz § 3 Anm. Abs. 2.

137) ZJP 66, 361.

138) Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Band IV S. 32/33.

renstechnischen Zweckmäßigkeit waren. Über einen Wegfall des subjektiven Rechts der Vertretungs- und Sorgeberechtigten sagen die Protokolle nichts. Sie sprechen sogar selbst von einem Recht des Vertretungs- und Sorgeberechtigten, und wenn ausweislich der Protokolle bei den Beratungen gelegentlich die Bemerkung fiel, dieses Recht sei dem Betreffenden nur „als Mitglied der Familie“ gewährt, so spricht dies lediglich die Selbstverständlichkeit aus, daß das Einwilligungs- und Versagungsrecht seinen inneren Grund in den familienrechtlichen Beziehungen der Beteiligten findet, besagt aber nichts dagegen, daß doch ein „Recht“ vorliegt.

Dieses einen Ausfluß des Vertretungs- und Personensorgerechts bildende Einwilligungs- und Versagungsrecht genügt als Rechtsverhältnis im Sinne des § 779 BGB. Um dieses Rechtsverhältnis dreht sich auch der Streit der Beteiligten, der darum geht, ob der Antragssteller das Versagungsrecht des Antragsgegners auf dem Wege der Herbeiführung einer gerichtlichen Einwilligungsersetzung im Verfahren nach § 3 Abs. 3 EheGes. ausschalten kann.

Die Dispositionsbefugnis der Beteiligten bereitet keine Schwierigkeiten, da der Antragsgegner die Einwilligung, um deren Ersetzung es im Verfahren geht, ohne weiteres freiwillig erteilen kann. Für das gegenseitige Nachgeben bestehen wieder verschiedene Möglichkeiten, unter anderem auch die Möglichkeit, daß der gesetzliche Vertreter in die Eheschließung zu einem späteren Zeitpunkt einwilligt¹³⁹ und der Antragssteller bzw. die Antragsstellerin sich hiermit einverstanden erklärt. Hinsichtlich der Notwendigkeit einer Pflegerbestellung und einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung des Vergleichs gilt das Gleiche wie für das Verfahren nach § 1612 Abs. 2 S. 2 BGB.

Durch die Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichberechtigung haben die verschiedenen ehgüterrechtlichen Fälle, in denen die gerichtliche Ersetzung der erforderlichen Zustimmung eines Ehegatten vorgesehen ist, ihre Bedeutung ganz oder fast ganz verloren, vor allem die Vorschriften des ehemaligen gesetzlichen Güterstandes (§§ 1379 und 1402 BGB). Allenfalls die entsprechenden Vorschriften der vertraglichen Güterstände für die Verwaltung des Gesamtgutes, also die §§ 1447, 1451, 1519 Abs. 2 und 1549 BGB¹⁴⁰, können heute noch praktisch werden, aber nur dann, wenn die Ehegatten die Verwaltung einem von ihnen ehevertraglich übertragen haben¹⁴¹.

Die Vergleichszulässigkeit in diesen Fällen begegnet keinen Bedenken. Das erforderliche Rechtsverhältnis liegt in dem zwischen den Ehegatten durch das Verwaltungsrecht und die Verwaltungspflicht des einen Ehegatten begründeten Geschäftsbesorgungsverhältnis, um dessen Reichweite der Streit geht. Auch an der Dispositionsbefugnis bestehen keine Zweifel, da die erforderliche Zustimmung freiwillig gegeben werden kann.

139) Darüber, daß die Einwilligung auch unter einer Zeitbestimmung erfolgen kann, s. Hoffmann-Stephan, § 3 Anm. 5.

140) Nach dem Regierungsentwurf würde allerdings nur die Bedeutung der Fälle des Güterstandes der allgemeinen Gütergemeinschaft erhalten bleiben (vgl. § 1442 b des Entwurfes, Maßfeller S. 144), während der Entwurf die Güterstände der Errungenschafts- und der Fahrnisgemeinschaft nicht mehr vorsieht, so daß die dahin gehörigen Vorschriften des BGB nur noch im Rahmen der Übergangsvorschriften (vgl. Maßfeller S. 368) Bedeutung erlangen könnten. Auch der 2. Entwurf der Bundesregierung vom 18. 12. 1953 hat in dieser Richtung keine Änderung gebracht, sondern sich in der Regelung der Wahlgüterstände an den 1. Entwurf angeschlossen (vgl. Strauß, JZ 1954 S. 181 Z. 3).

Nachtrag: Das nach Fertigstellung der vorliegenden Arbeit verkündete Gleichberechtigungsgesetz vom 18. 6. 1957 (BGBl. I S. 609) hat entsprechend dem Regierungsentwurf als Wahlgüterstand von den drei Güterständen der allgemeinen Gütergemeinschaft, der Errungenschafts- und der Fahrnisgemeinschaft nur den ersten beibehalten. Die ihn betreffenden Vorschriften, für welche die obenstehenden Ausführungen über die Vergleichsmöglichkeiten in vollem Umfang gelten, sind die §§ 1426, 1430 und 1432 des Gleichberechtigungsgesetzes.

141) Vgl. Palandt-Lauterbach, § 1443 Vorbem., § 1519 Vorbem., § 1549 Vorbem.

VII. Das Verfahren wegen Festsetzung einer Vergütung des Nachlaßverwalters (§ 1987 BGB) und des Nachlaßpflegers (§ 1836 in Verbindung mit §§ 1915 und 1962 BGB)

Bei dem Verfahren über die Festsetzung der Vergütung eines Nachlaßverwalters handelt es sich um einen Parallellfall des bereits erörterten § 165 Abs. 2 FGG. Der Nachlaßverwalter hat gegen den Erben einen Vergütungsanspruch. Das Nachlaßgericht ist jedoch nur zur *Festsetzung der Höhe* berufen, nicht auch zur Zahlungsanordnung. Über die Aufwendungen kann es überhaupt nicht befinden¹⁴². Ein Vergleich vor dem Nachlaßgericht kann dessen ungeachtet den Erben unmittelbar zur Zahlung verpflichten und auch eine Regelung des Aufwendungsersatzes einbeziehen, da der Vergleichsvergleich sich nicht an die Grenzen der Zulässigkeit des betreffenden Rechtsweges und der Zuständigkeit zu halten braucht. Die Dispositionsbefugnis der Beteiligten ist in gleicher Weise gegeben wie im Fall des § 165 Abs. 2 FGG.

Ob auch der Nachlaßpfleger eine Vergütung verlangen kann, ist nicht unmittelbar im Erbrecht geregelt, sondern ergibt sich aus den allgemeinen Vorschriften über die Pflegschaft, die in § 1915 BGB ihrerseits auf die Vormundschaft verweisen, so daß § 1836 BGB zur Anwendung kommt, wobei lediglich nach § 1962 BGB das Nachlaßgericht an die Stelle des Vormundschaftsgerichts tritt. Aus § 1836 BGB erkennt man, daß die Vergütung des Nachlaßpflegers einen entscheidenden Unterschied aufweist gegenüber der Vergütung des gerichtlich bestellten Verwahrers und des Nachlaßverwalters. Während diese beiden Personen einen Vergütungsanspruch besitzen, ist die Zubilligung einer Vergütung für den Nachlaßpfleger eine reine Ermessenssache des Gerichts. Daß die „Kann“-vorschrift in diesem Falle wirklich ein reines Ermessen bedeutet und nicht als Mußvorschrift aufzufassen ist, erkennt man aus dem Satz 1 des § 1836, wonach die Nachlaßpflegschaft unentgeltlich zu führen ist. Bei der Nachlaßpflegschaft untersteht daher nicht wie in den anderen beiden Fällen nur die Höhe, sondern auch das „Ob“ einer Vergütung dem Ermessen des Gerichts der fG. Mit Recht wird deshalb ein Vergütungsanspruch des Nachlaßpflegers allgemein verneint¹⁴³. Im Vergütungsverfahren des Nachlaßpflegers käme aber nur ein solcher subjektiver Vergütungsanspruch als Rechtsverhältnis im Sinne des § 779 BGB in Frage, ebenso wie im Vergütungsverfahren des Nachlaßverwalters und des gerichtlich bestellten Verwahrers das streitige oder ungewisse Rechtsverhältnis in dem Vergütungsanspruch liegt. Das etwa durch die Nachlaßpflegschaft zwischen dem Pfleger und dem Erben begründete sonstige Rechtsverhältnis (Rechtsgrundverhältnis) kommt hier schon deshalb nicht in Betracht, weil es nicht streitig oder ungewiß ist. Im Vergütungsverfahren des Nachlaßpflegers ist daher kein Vergleich möglich. Zwar kann der Erbe sich selbstverständlich im Verlauf des Verfahrens durch einfachen Vertrag zur Zahlung einer Vergütung verpflichten, doch kommt einem solchen Vertrag nicht der Rechtscharakter eines Vergleichs und damit auch nicht der eines Vergleichsvergleichs zu. Hieran ändert es auch nichts, wenn der Nachlaßpfleger gleichzeitig den Ersatz von *Aufwendungen* verlangt. Auf deren Erstattung hat er zwar einen echten Anspruch (§ 1835 BGB). Über diesen Anspruch kann auch Streit oder Ungewißheit herrschen. Der Aufwendungsersatzanspruch muß jedoch nach allgemeiner Ansicht im *Zivilprozeß* geltend gemacht werden. Er kann zwar, sofern vor dem Gericht der fG ein Vergleichsvergleich über eine Vergütung möglich ist, wie in den Fällen der §§ 1987 BGB und 165 Abs. 2 FGG, mit *einbezogen* werden. Aber zunächst einmal muß die Vergleichszuläs-

¹⁴² RGR-Komm., § 1987 Anm. 1; Staudinger-Herzfelder, § 1987 Anm. 1 und 2.

¹⁴³ Staudinger-Herzfelder, § 1960 Anm. 4 b; Soergel, § 1962 Anm. 3; Palandt-Rechenmacher, § 1960 Anm. 5 C d.

sigkeit hinsichtlich des Verfahrensgegenstandes bejaht werden können, und das ist nur möglich, wenn mit dem Verfahrensgegenstand ein Streitiges oder ungewisses Rechtsverhältnis verknüpft ist, sei es in der Weise, daß ein subjektiver Anspruch geltend gemacht wird, auf den sich die Rechtsbehauptung richtet, oder in der Weise, daß die Gestaltung eines Rechtsgrundverhältnisses, über das Streit oder Ungewißheit herrscht, in Rede steht (vgl. o. S. 24). Verfahrensgegenstand ist im Vergütungsverfahren die Rechtsbehauptung, daß ein Vergütungsanspruch bestehe, bzw. die Festsetzung der Vergütung als Verfahrensergebnis. Mit diesem Verfahrensgegenstand ist ein Streitiges oder ungewisses Rechtsverhältnis wohl im Verfahren nach den §§ 1987 BGB und 165 Abs. 2 FGG verknüpft, nicht aber im Fall des Nachlaßpflegers.

Es wäre gewiß einfacher und erfreulicher, könnte man alle Vergütungsverfahren in vergleichsrechtlicher Hinsicht einheitlich beurteilen. Doch ließe sich dieses Ergebnis nur erreichen, wenn man für den Verfahrensvergleich auf die materiellrechtlichen Erfordernisse des § 779 verzichten wollte, wie es für den zivilprozessualen Vergleich die schon mehrfach erwähnte Mindermeinung vorschlägt. Aus dem positiven Recht läßt sich derartige aber nun einmal nicht rechtfertigen, selbst wenn es in einzelnen Fällen als wünschenswert erscheint.

VIII. Die Verfahrensarten mit ausdrücklicher Vergleichsregelung

Die fünf neueren Verfahrensarten der fG, in denen Vergleiche ausdrücklich gesetzlich vorgesehen sind, und zwar mit Vollstreckbarkeitswirkung, sind das Verfahren über die Behandlung der Ehewohnung und des Hausrates nach der Scheidung (6. DVO zum EheGes.), das Rückerstattungsverfahren (MRG Nr. 59 am. Zone, MRVO Nr. 59 br. Zone), das Verfahren in Wohnungseigentumsachen (Gesetz vom 15. 3. 1951), das Vertragshilfeverfahren (Gesetz vom 26. 3. 1952) und das Verfahren in Landwirtschaftssachen (Gesetz vom 21. 7. 1953).

Die gesetzliche Erwähnung der Vergleichsmöglichkeit befreit nicht von der Prüfung, ob im konkreten Fall auch wirklich die materiellen und prozessualen Vergleichsvoraussetzungen vorliegen. Regelmäßig ist das in den Fällen der fünf Verfahrensarten gegeben. Es erübrigt sich, hierauf im einzelnen einzugehen, da die Fälle hinsichtlich der vergleichsrechtlichen Voraussetzungen durchweg bedeutend einfacher liegen als die zuvor behandelten Angelegenheiten der fG. Es muß jedoch nochmals betont werden, daß vor allem in dem landwirtschaftlichen Verfahren bisweilen eine Vergleichsmöglichkeit fehlt, insbesondere weil die Beteiligten nicht die erforderliche Dispositionsbefugnis über den Verfahrensgegenstand besitzen. Das wurde an den Beispielen des Genehmigungsverfahrens und des Beanstandungsverfahrens gesehen, gilt aber auch noch für andere Gegenstände landwirtschaftlicher Verfahren, etwa für den Streit über die Wirtschaftsfähigkeit einer Person¹⁴⁴.

IX. Das Umstellungsstreitverfahren

(§ 6 der 40. DVO zum UmstGes.)

Dem Umstellungsstreit zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger der persönlichen Forderung bzw. zwischen dem Eigentümer und dem Gläubiger des Grundpfandrechts, dessen Entscheidung dem Richter der fG durch § 6 der 40. DVO zum UmstGes. als eine weitere neue Aufgabe zugewiesen worden ist, liegt fraglos ein Rechtsverhältnis im Sinne des § 779 BGB zu Grunde, nämlich die durch die Forderung oder das Grundpfandrecht begründete Rechtsbeziehung. Jedoch werden durch die Umstellungsfrage nicht nur die Parteien, sondern unter Umständen auch die staatlichen Rechte aus der Lastenausgleichsgesetzgebung berührt. Deshalb ist kraft Gesetzes (§ 6 Abs. 1 S. 3 der 40. DVO

¹⁴⁴ Wöhrmann-Herminghausen, Komm. z. LwVerf.G., § 15 Anm. 34; Müller, JZ 1954, 17 zu N. 8.

zum UmstGes.) das Finanzamt an dem Verfahren beteiligt, soweit der Streit oder die Ungewißheit die Abgabeschuld für die Hypothekengewinnabgabe berührt. Mindestens in diesen Fällen ist ein Verfahrensvergleich daher nur unter Mitwirkung des Finanzamtes als materiell und prozessual mitbeteiligter Stelle möglich¹⁴⁵. Einigen sich Gläubiger und Schuldner dagegen auf eine Umstellung 10:1 (gegen ein Nachgeben des Schuldners in irgendeiner anderen Richtung), so wird an und für sich materiell das Finanzamt durch einen solchen Vergleich nicht berührt. Da es aber durch den vorangegangenen Streit bereits Beteiligter des Verfahrens geworden ist, erscheint sein formeller Beitritt zu dem Vergleich auch hier als zweckmäßig.

X. Das Verfahren wegen Anfechtung eines Hauptversammlungsbeschlusses über die DM-Eröffnungsbilanz

(§ 58 DM-Bilanzgesetz)

Während normalerweise die Anfechtung des Hauptversammlungsbeschlusses einer Aktiengesellschaft durch Klage im Zivilprozeß erfolgt (§ 197 AktGes.), ist für die Anfechtung des Beschlusses über die DM-Eröffnungsbilanz die Anrufung einer beim Landgericht zu errichtenden Spruchstelle, die im Verfahren der fG entscheidet, vorgeschrieben.

Abgesehen von der Frage, ob zwischen den Beteiligten ein streitiges oder ungewisses Rechtsverhältnis besteht, fehlt eine Vergleichsmöglichkeit jedenfalls deshalb, weil der Inhalt und die Frage der Unwirksamkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen nicht der Beteiligtendisposition unterliegen. Die Außenwirkung derartiger Beschlüsse ist so groß, daß ein überwiegendes öffentliches Interesse an einer Rechtsklarheit der Verhältnisse besteht. Deshalb bleibt die Beurteilung der Unwirksamkeit dem Gericht vorbehalten, während Vergleiche und damit auch Verfahrensvergleiche über diesen Punkt ausgeschlossen sind¹⁴⁶. Es handelt sich hier somit um einen Anwendungsfall des Satzes, daß ein überwiegendes öffentliches Interesse die Vergleichsbefugnis einschränkt oder gar ausschließt (vgl. o. S. 24).

Die vorstehend erörterten Fälle geben noch kein erschöpfendes Bild der Vergleichsmöglichkeiten in der fG. Es sind auch noch in anderen Angelegenheiten Verfahrensvergleiche denkbar. Die besprochenen Fälle zeigen aber, welcher Art die Probleme sind, die hinsichtlich der Vergleichsvoraussetzungen entstehen können. Im Mittelpunkt stehen dabei regelmäßig die Frage, ob zwischen den Beteiligten ein streitiges oder ungewisses Rechtsverhältnis im Sinne des § 779 BGB besteht, und die Frage der Dispositionsbefugnis über den Verfahrensgegenstand.

D

Die Wirkungen der im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit geschlossenen Vergleiche

I. Die materiellen Wirkungen

Die materiellrechtlichen Wirkungen eines Vergleichs, den die Beteiligten im Verfahren der fG schließen, sind die gewöhnlichen Wirkungen *jedes* Vergleichs. Sie sind also nicht etwa deshalb besonderer Art, weil der Vergleich vor einem

¹⁴⁵) Vgl. Baur, FG, § 21 III 2 a S. 217.

¹⁴⁶) BGH MDR 1951, 674 Nr. 427.

Richter der fG geschlossen worden ist¹⁴⁷. Irgendeine spezielle und charakteristische Problematik der Vergleiche im Verfahren der fG besteht, was ihre materiellrechtlichen Wirkungen angeht, nicht.

Der Vergleich bewirkt nicht unbedingt eine *Änderung* der materiellen Rechtslage. Er beseitigt lediglich den Streit oder die Ungewißheit über das betreffende Rechtsverhältnis. Das kann auch dadurch geschehen, daß er die wirkliche Rechtslage (über die aber zwischen den Parteien Uneinigkeit herrscht) festlegt.

Zweifelhaft ist beispielsweise, wann ein Vergleich, sofern er schuldrechtliche Ansprüche regelt, schuldumschaffend (novatorisch) wirkt. Es kommt hier auf den Parteiwillen an. Grundsätzlich kann nicht angenommen werden, daß der Vergleich einen neuen, von dem ursprünglichen Schuldverhältnis völlig losgelösten Anspruch schaffen will. Nur wenn Anhaltspunkte für einen dahingehenden Parteiwillen gegeben sind, kann eine Novation in diesem Sinne angenommen werden¹⁴⁸.

Zweifelhaft ist ferner, ob und welche Gewährleistungsansprüche aus einem Vergleich entstehen können, der eine Verpflichtung zu irgendwelchen gegenständlichen Leistungen enthält. Vielfach wird man hier die kaufrechtlichen Mängelvorschriften entsprechend heranziehen können¹⁴⁹.

Da diese und andere Probleme der materiellen Vergleichswirkung jedoch keine Besonderheiten des Vergleichs der fG darstellen, erübrigen sich nähere Ausführungen zu ihnen. Insoweit kann auf die bürgerlich-rechtliche Literatur zum Vergleich verwiesen werden.

II. Die prozessualen Wirkungen

1. Vorbemerkung:

Die prozessualen Wirkungen des im Zivilprozeß geschlossenen Vergleichs

Der Vergleich des Zivilprozesses hat zwei prozessuale Wirkungen:

(1) Einmal die unmittelbar *verfahrensbeendigende* Wirkung¹⁵⁰. Betrifft der Vergleich nur einen Teil des Streitgegenstandes, was nur zulässig ist, wenn dieser abgetrennt werden kann, so tritt die Verfahrensbeendigung auch nur für den betroffenen Teil des Prozesses ein.

(2) Zum anderen die Wirkung, daß er *vollstreckbar* ist, also einen Vollstreckungstitel bildet¹⁵¹.

Etwas mißverständlich ist es, wenn Rosenberg¹⁵² die Vollstreckbarkeit des Prozeßvergleichs nur als gegeben bezeichnet, „soweit er einen vollstreckungsfähigen Inhalt hat“. In der zivilprozessualen Literatur wird zwischen der Vollstreckbarkeit im engeren und im weiteren Sinn unterschieden¹⁵³. Die Vollstreckbarkeit im engeren Sinn eignet nur denjenigen Titeln, die jemanden zu einer Leistung verpflichten. Nur diese Titel sind also im eigentlichen Sinn „vollstreckungsfähig“. Daneben gibt es aber auch noch eine Vollstreckbarkeit im weiteren Sinn, die allen übrigen Vollstreckungstiteln zukommt. Hier vermeidet man den Ausdruck „Vollstreckungsfähigkeit“, denn diese Titel enthal-

147) Als Ausnahme von diesem Satz kann man allerdings die *formersetzende Kraft* des Verfahrensvergleichs bezeichnen, die genau genommen ebenfalls eine zivilrechtliche Vergleichswirkung darstellt. Diese Wirkung (die davon abhängt, daß der Vergleich wirklich im technischen Sinn ein Verfahrensvergleich ist) wird jedoch unten im Abschnitt F im Zusammenhang mit den übrigen Problemen der Vergleichsprotokollierung behandelt.

148) RGZ 164, 216/217; Staudinger-Kober, § 779 Anm. A VI c; RGR-Komm., § 779 Anm. 5.

149) Staudinger-Kober, § 779 Anm. A II 2 b; RGR-Komm., § 779 Anm. 5.

150) RGZ 157, 143; Stein-Jonas-Schönke, § 794 Anm. I 3 a; Baumbach-Lauterbach, Anh. § 307 Z. 5 B a; Rosenberg, Lehrbuch, § 128 II 2 a.

151) Stein-Jonas-Schönke, § 794 Anm. I 3 b; Baumbach-Lauterbach, Anh. § 307 Z. 5 B b.

152) Lehrbuch, § 128 II 2 b.

153) Vgl. Stein-Jonas-Schönke, Vorbem. III vor § 794; Schönke, Zwangsvollstreckung, § 11 V; Baumbach-Lauterbach, Grundzüge 3 F vor § 704.

ten nichts, was im Wege der staatlichen Zwangsvollstreckung „durchgesetzt“ werden könnte. Der praktische Sinn des Begriffs der Vollstreckbarkeit im weiteren Sinn, die *allen* Vollstreckungstiteln zukommt, ist vielfältig. Unter anderem bedeutet diese Vollstreckbarkeit im weiteren Sinn, daß auf Grund des Titels Eintragungen in öffentliche Bücher, sofern solche Eintragungen notwendig sind, erfolgen können.

Die „Vollstreckbarkeit“ als prozessuale Wirkung des Prozeßvergleichs ist daher nichts anderes als die Eigenschaft des Vergleichs, Vollstreckungstitel zu sein, wobei es nicht darauf ankommt, ob der Vergleich einen eigentlich „vollstreckungsfähigen“ Inhalt hat, ob er also im engeren Sinn vollstreckbar ist, oder ob er eine Leistungspflicht eines der Kontrahenten überhaupt nicht normiert.

Hat beispielsweise der Kläger im Prozeß auf Abtretung einer Forderung geklagt und haben sich die Parteien dahin verglichen, daß der Beklagte hinsichtlich eines Teils der Forderung die Zessionserklärung im Vergleich abgibt, während der Kläger hinsichtlich der Restforderung auf seine Ansprüche verzichtet, dann hat dieser Vergleich keinen vollstreckungsfähigen Inhalt, denn die verlangte Erklärung ist bereits erfolgt, es ist somit nichts mehr zwangsweise durchzusetzen. Dennoch ist auch dieser Vergleich ein Vollstreckungstitel, auch er ist (im weiteren Sinn) vollstreckbar.

Als Folge der Vollstreckbarkeitswirkung normiert die Zivilprozeßordnung in § 103 dann noch die Wirkung, daß der Vergleich Grundlage einer Kostenfestsetzung sein kann. Hierbei handelt es sich daher gar nicht um eine selbständige, dritte Wirkung des Vergleichs neben Verfahrensbeendigung und Vollstreckbarkeit, sondern nur um einen Annex, genauer gesagt: um eine unselbständige Folgewirkung der Vollstreckbarkeit. Gerade hier wird nun die Unterscheidung zwischen Vollstreckbarkeit im engeren und im weiteren Sinn besonders bedeutsam. Für § 103 ZPO genügt nämlich die letztere¹⁵⁴. Diese Möglichkeit, eine Kostenfestsetzung zu erreichen, ist praktisch der wesentlichste Inhalt der Vollstreckbarkeit im weiteren Sinn.

Beide Wirkungen des zivilprozessualen Vergleichs, sowohl die Verfahrensbeendigung als auch die Vollstreckbarkeit, sind in der Zivilprozeßordnung verankert, die zuletzt genannte Wirkung ausdrücklich in § 794 Abs. 1 Z. 1, während die zuerst genannte Wirkung immerhin mittelbar in verschiedenen Vorschriften zum Ausdruck gelangt¹⁵⁵.

Mit Recht werden beide Wirkungen als für den Prozeßvergleich unerlässlich erachtet¹⁵⁶. Sind sie nicht beide zusammen vorhanden so kann dem Vergleich höchstens die Bedeutung eines rein materiellrechtlichen Vertrages zukommen. Dieser Auffassung ist schon angesichts des gesetzlichen Wortlauts zuzustimmen. Sie ist im übrigen auch aus dem Zweck des Prozeßvergleichs heraus gerechtfertigt. Dieser Zweck ist nämlich darin zu sehen, daß der Prozeßvergleich ein Urteil überflüssig machen soll¹⁵⁷.

154) Stein-Jonas-Schönke, § 103 Anm. II 1 b, Vorbem. III 1 vor § 704 und § 794 Anm. II 3 b; Baumbach-Lauterbach, § 103 Anm. 1 A; Seuffert-Walshmann, § 103 Anm. 2 a.

155) Die §§ 81, 83 Abs. 1 ZPO sprechen von der „Beseitigung des Rechtsstreits durch Vergleich“, § 98 von dem „durch Vergleich erledigten Rechtsstreit“, § 160 Abs. 2 Z. 1 von „Vergleichen, durch die der geltendgemachte Anspruch ganz oder teilweise erledigt wird“, § 794 Abs. 1 Z. 1 sagt endlich, daß der Vergleich „zur Beilegung des Rechtsstreits seinem ganzen Umfang nach oder in Betreff eines Teiles des Streitgegenstandes geschlossen wird“.

156) Schiedermair, Vereinbarungen im Zivilprozeß, S. 188; vgl. auch Lent, NJW 1950, 30. Über die Frage, ob die Verfahrensbeendigung unbedingt durch den Vergleich als solchen herbeigeführt werden muß, oder ob es für die Prozeßnatur des Vergleichs gegebenenfalls genügt, wenn die Verfahrensbeendigung nur durch einen in den Vergleich als dessen Bestandteil aufgenommenen anderen prozessualen Dispositionsakt (Antrags- bzw. Rechtsmittelrücknahme) erreicht wird, s. unten Abschnitt E.

157) Kohler, ZPP 29, 39; Hegler, Beiträge zur Lehre vom prozessualen Anerkenntnis und Verzicht, Seite 100.

2. Das Verhältnis der Vollstreckbarkeit und der Verfahrensbeendigung als Aufbaufrage

Welche prozessualen Wirkungen kommen nun dem im Verfahren der fG geschlossenen Vergleich zu? Beendet auch er unmittelbar das Verfahren? Ist auch er ein Vollstreckungstitel? Kann auch er schließlich Grundlage einer Kostenfestsetzung sein?

Man kann zweifeln, in welcher Reihenfolge untersucht werden muß, ob Beendigungswirkung und Vollstreckbarkeitswirkung dem im Verfahren der fG geschlossenen Vergleich zukommen. Man neigt zunächst dazu, die Frage der Verfahrensbeendigung voranzustellen. Jedenfalls den *Richter* wird immer zunächst einmal interessieren, ob das Verfahren noch andauert oder ob es erledigt ist. Die Frage der Vollstreckbarkeit wird für ihn dagegen erst akut, wenn eine Vollstreckung sich mangels freiwilliger Erfüllung durch den Verpflichteten als notwendig erweist oder wenn die Frage der Vollstreckbarkeit aus Anlaß der Anbringung eines Kostenfestsetzungsgesuches geprüft werden muß, also durchweg erst später.

Auf der anderen Seite ist aber nicht zu verkennen, daß es keinen rechten Sinn hätte, wenn man die verfahrensbeendigende Wirkung eines Vergleichs annähme, ohne ihm gleichzeitig auch die Vollstreckbarkeit zuzusprechen. Die Beteiligten würden dann ihr Ziel oft nicht oder nur auf dem umständlichen Weg eines neuen Verfahrens erreichen, falls der Gegner seinen Verpflichtungen nicht freiwillig nachkommt. Hier wird nun wesentlich, daß auch das Prozeßrecht ebenso wie das materielle Recht die Wirkungen der von ihm zugelassenen prozeßrechtlichen oder gemischten Verträge *nur gemäß dem Parteiwillen* eintreten läßt. Es handelt sich also bei dem in einem Verfahren geschlossenen Vergleich, soweit die prozeßrechtlichen Wirkungen einschließlich der Verfahrensbeendigung in Rede stehen, um einen Tatbestand mit *gewollter prozeßrechtlicher Wirkung*¹⁵⁸. Die Definition des Rechtsgeschäftes als eine auf einen Rechtserfolg gerichtete private Willensäußerung, deren Wirkungen von der Rechtsordnung entsprechend diesem Erfolgswillen bestimmt werden¹⁵⁹, gilt sonach auch für die prozeßrechtlichen und gemischten Verträge. Sie gilt weiter nicht nur für die Rechtsgeschäfte des Zivilprozeßrechts, sondern auch für die Rechtsgeschäfte anderer Verfahrensarten, insbesondere der fG. Falls daher das Verfahrensrecht der fG eine unmittelbare Verfahrensbeendigung als Wirkung eines in dem Verfahren geschlossenen Vergleichs gestattet, dann bedarf es außerdem noch eines auf diese Verfahrensbeendigung gerichteten Willens der Beteiligten. Freilich ist es in der Praxis weder üblich noch notwendig, diesen Willen im konkreten Fall besonders zum Ausdruck zu bringen. Man kann ihn praktisch stets den Beteiligten einfach unterstellen. Diese Unterstellung ist aber nur möglich, wenn die Verfahrensbeendigung auch einen Sinn hat, d. h. wenn die Beteiligten durch den Vergleich wirklich ihr Ziel erreichen und auf Grund des Vergleichs ihre Ansprüche auch durchsetzen können.

Es wäre nun allerdings auch umgekehrt wenig sinnvoll, etwa eine Vollstreckbarkeit, nicht aber eine Verfahrensbeendigung anzunehmen¹⁶⁰. Immer-

158) Schiедermair, Vereinbarungen im Zivilprozeß, S. 43 und S. 172; s. auch oben S. 15.
159) Vgl. H. Lehmann, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, § 24 I.

160) Offenbar sieht Schultzenstein, Preuß. Verwaltungsblatt Bd. 24 S. 371, der den Vergleich im Verwaltungsstreitverfahren bespricht, die Fragen der Vergleichsbeendigung und der Vollstreckbarkeit als untrennbare Einheit an und will keiner dieser beiden Fragen einen Vorrang geben. Er sagt: „Der gerichtliche Vergleich hat prozessuale Wirkung: er besitzt die Kraft, formell den schwebenden Rechtsstreit zu erledigen und im Zusammenhang hiermit oder, wie man ebenso gut sagen kann, als Voraussetzung hierfür und als Folge hiervon die Fähigkeit, Grundlage einer Zwangsvollstreckung und einer Kostenfestsetzung zu sein“. Ähnlich Josef, Gruch. Beitr. 48, 558.

hin läßt sich sagen, daß der Schwerpunkt des Problems, ob ein Vergleich der fG ein „Verfahrensvergleich“ im technischen Sinn ist, in der Frage liegt, ob er einen Vollstreckungstitel bilden kann. Ist diese Frage beantwortet, dann bieten sich fast von selbst Anhaltspunkte für die Beantwortung auch der Frage der Verfahrensbeendigung. Es erscheint daher als richtig, das Problem der Vollstreckbarkeit voranzustellen.

3 Die Vollstreckbarkeit der im Verfahren der fG geschlossenen Vergleiche

Zum Unterschied von der ZPO, die den Vergleich im § 794 Abs. 1 Z. 1 als Vollstreckungstitel anerkennt, enthält das FGG keine Vorschriften über die Vollstreckbarkeit des Vergleichs, wie es ja überhaupt den Vergleich nicht erwähnt. Lediglich die neueren Sondergesetze, wie beispielsweise die 6. DVO zum EheGes., enthalten teilweise Bestimmungen über die Vollstreckbarkeit von Vergleichen (s. o. N. 3), dagegen nicht das FGG.

a) Nur scheinbar stellt hier § 98 FGG in Verbindung mit den §§ 91 und 93 FGG eine Ausnahme dar. Nach den beiden zuletzt genannten Bestimmungen können die Beteiligten in einem gerichtlichen Verfahren über die Vermittlung einer Erbauseinandersetzung sich gütlich über vorbereitende Maßregeln sowie über die eigentliche Auseinandersetzung einigen. Das Gericht hat die Vereinbarungen dann zu bestätigen, und nach § 98 findet aus ihnen, sobald die Rechtskraft des Bestätigungsbeschlusses eingetreten ist, die Zwangsvollstreckung nach den Vorschriften der ZPO statt. Bei oberflächlicher Betrachtung könnte man meinen, hier sei in der Tat in einem Einzelfall die Vollstreckbarkeit eines Vergleichs angeordnet, denn die Zwangsvollstreckung findet ja nicht aus dem Bestätigungsbeschuß, sondern aus den *Vereinbarungen* statt. Indessen kann diese Regelung der §§ 91, 93 und 98 FGG nicht als Regelung eines Verfahrensvergleichs angesehen werden. Ein Verfahrensvergleich soll eine Entscheidung des Gerichts überflüssig machen, er soll also an die Stelle einer Gerichtsentscheidung treten¹⁶¹. Dieses Wesensmerkmal des Vergleichs fehlt aber den Vereinbarungen im Sinn der genannten Vorschriften. Das gerichtliche Auseinandersetzungsverfahren kann überhaupt nicht mit einer Gerichtsentscheidung schließen. Aufgabe des Gerichts ist es allein, zu *vermitteln*, also eben jene Vereinbarungen herbeizuführen. Eine Entscheidungsbefugnis steht dem Nachlaßgericht dagegen nicht zu¹⁶². Scheitert die gerichtliche Vermittlung, dann ist die Tätigkeit des Gerichts beendet. Das Auseinandersetzungsverfahren vor dem Nachlaßgericht ist deshalb eine ungewöhnliche Erscheinung, die sich von dem normalen Gerichtsverfahren, auch dem normalen Verfahren der fG, grundlegend unterscheidet. Zweck und Ziel eines normalen Gerichtsverfahrens ist die Herbeiführung einer Entscheidung, und nur der in einem solchen Verfahren geschlossene Vergleich kommt als Verfahrensvergleich in Frage, dessen Wesen darin besteht, daß er eine gerichtliche Entscheidung entbehrlich macht.

Genau das Gleiche wie für das Erbauseinandersetzungsverfahren gilt für das Verfahren zur Feststellung der Dispache (§§ 153 ff. FGG). Auch hier ist unter gewissen Voraussetzungen die Vollstreckung einer „Vereinbarung“, die von den Beteiligten in dem Verfahren getroffen wird, vorgesehen. Findet nämlich auf den Widerspruch eines Beteiligten gegen die von dem Dispaheur aufgemachte Dispache hin vor dem Gericht eine Verhandlung statt und einigen sich die Beteiligten hierbei über den Inhalt der Dispache, so wird diese entsprechend der Vereinbarung berichtigt. Die Dispache wird dann ebenfalls — wie die im Aus-

161) Freilich kommen dem Vergleich nicht *sämtliche* Urteilswirkungen zu. Ihm fehlt vor allem die Rechtskraftwirkung.

162) Das ergibt sich aus § 95 FGG. Vgl. BayObLG 30, 270; Keidel, § 86 Anm. 2.

einandersetzungsverfahren getroffene Vereinbarung — bestätigt und aus ihr findet nach Rechtskraft des Bestätigungsbeschlusses die Zwangsvollstreckung nach den Vorschriften der ZPO statt (§ 158 Abs. 2 FGG). Aber auch dieses Verfahren dient lediglich der Vermittlung unter den Beteiligten, also der Herbeiführung einer Einigung¹⁶³. Eine Entscheidungsbefugnis über Streitpunkte hat auch hier das Gericht nicht. Können diese Streitpunkte in dem Verfahren nicht beigelegt werden, so müssen sie im Zivilprozeß ausgetragen werden (§ 156 FGG). Auch der in diesem Verfahren getroffenen Vereinbarung fehlt es daher an dem wesentlichen Merkmal des Vergleichs, daß er eine Entscheidung des Gerichts entbehrlich machen soll.

In den beiden besprochenen Fällen des Erbaueinsetzungsverfahrens und des Verfahrens über die Feststellung der Dispache handelt es sich infolgedessen um ungewöhnliche Verfahrensformen. Die Erscheinung, daß der Richter, falls die Beteiligten sich nicht einigen, nicht in der Lage ist, von sich aus eine Entscheidung zu treffen, ist *auch* für die fG ungewöhnlich. Auch wenn der Gesetzgeber irgendwelche Angelegenheiten in das Verfahren der fG verweist, gibt er dem Richter in aller Regel die entsprechende Entscheidungsgewalt. Die Auffassung Schlegelbergers¹⁶⁴, die Entscheidung der in dem Verfahren aufgetretenen Streitpunkte dürfe deshalb nicht Aufgabe des Richters der fG sein, weil das Verfahren „sonst den Charakter eines solchen der fG verliere“, ist unhaltbar. Fast in jedem Verfahren der fG können sich Streitpunkte ergeben. Durchweg hat der Richter aber über diese Streitpunkte zu entscheiden, wie Schlegelberger selbst an anderer Stelle¹⁶⁵ zugibt, ohne hierin irgendwie eine Entfernung des Verfahrens vom Wesen der fG anzunehmen. Sicherlich liegt die Aufgabe des Richters der fG in erhöhtem Maße in dem Versuch einer Ausgleichung und der Herbeiführung einer gütlichen Verständigung unter den Beteiligten. Aber dieser Versuch hat durchweg in einem letzten Endes doch mit Entscheidungsbefugnis ausgestatteten Verfahren zu erfolgen.

Als Ergebnis ist daher festzustellen, daß die besprochenen beiden Verfahrensarten Besonderheiten darstellen. Die in ihnen etwa getroffenen Vereinbarungen sollen nicht eine Entscheidung des Richters entbehrlich machen, wie es dem Wesen des Vergleichs entspricht, sondern sie sind das einzige Ziel des Verfahrens. Wird dieses Ziel verfehlt, ist das Verfahren zu Ende. Deshalb kann man nicht sagen, der Gesetzgeber habe hier in zwei Einzelfällen „Vergleichsvergleiche“ anerkannt und ihre Vollstreckbarkeit ausdrücklich normiert. Außerdem kann aus dem Hinweis des § 98 S. 2 FGG auf § 797 ZPO entnommen werden, daß der Gesetzgeber diesen Vollstreckungstitel als eine Art vollstreckbare Urkunde angesehen hat, nicht aber als Vergleich.

Aus diesen Gründen kommt es — und das ist die wichtige praktische Folge dieser Erkenntnis — auch gar nicht zu der sonst unvermeidlichen Frage, ob aus diesen beiden Einzelfällen ein Umkehrschluß dahin, daß in anderen Fällen Vergleichsvergleiche mit Vollstreckbarkeitswirkung *nicht* möglich seien, oder ein Analogieschluß gezogen werden kann und muß.

b) Das FGG enthält also nichts über den Vergleich, insbesondere nichts über die Frage seiner Vollstreckbarkeit. Diese Frage muß daher auf anderer Grundlage entschieden werden.

Zuvor ist es jedoch zweckmäßig, einen Überblick über den Stand der Meinungen zu dieser Frage zu geben.

aa) Herrschend ist die Meinung, daß es eine Vollstreckbarkeit des im Verfahren der fG geschlossenen Vergleichs *nicht* gebe. Denn die herrschende Lehre und die Rechtsprechung steht auf dem Standpunkt, daß ein Vergleich über An-

163) Schlegelberger, § 155 Anm. 1.

164) § 155 Anmerkung 1.

165) § 12 Anmerkung 14.

gelegenheiten der fG, gleichgültig ob er außerhalb des Verfahrens oder im Verfahren geschlossen wird, stets nur ein Vergleich des materiellen Rechts sei. Ausgenommen werden hierbei selbstverständlich diejenigen neueren Verfahrensarten der fG, in denen Vergleiche ausdrücklich für vollstreckbar erklärt werden. In der Literatur wird diese Meinung der grundsätzlich nur materiellrechtlichen Wirkung der im Verfahren der fG geschlossenen Vergleiche vor allem von Josef, Rosenberg, Lent, Schlegelberger und Baur vertreten^{165a}. Dieser Auffassung ist das OLG München in einer Entscheidung vom 13. 11. 1952 beigetreten¹⁶⁶.

Die Begründungen sind unterschiedlich. Manche — von den vorgenannten Schriftstellern sind es Josef und Schlegelberger — stellen auf die Vollstreckungsvorschriften des FGG ab. Der § 33 FGG erklärt, ganz ähnlich wie es früher schon in den landesrechtlichen Bestimmungen, insbesondere in Art. 15 des Preuß. FGG geschehen ist, die *Verfügungen* des Gerichts für vollstreckbar. Hieraus wird der Umkehrschluß gezogen, daß es vollstreckbare *Vergleiche* in der fG nicht gebe. Auf die Frage, ob § 794 Abs. 1 Z. 1 ZPO anwendbar ist, kommen diese Schriftsteller nicht zu sprechen.

Umgekehrt stellt etwa Rosenberg nur auf § 794 Abs. 1 Z. 1 ZPO ab. Er verneint dessen Anwendbarkeit auf die im Verfahren der fG geschlossenen Vergleiche mit der Begründung, dem Gedankenkreis und dem Anwendungsgebiet der ZPO liege es, wie man aus den §§ 3 EGZPO und 2 EGGVG erkenne, völlig fern, bei der Regelung des Prozeßvergleichs an andere als an Gerichte der streitigen Gerichtsbarkeit zu denken. Hieraus schließt Rosenberg, daß Vergleiche, die vor dem Richter der fG geschlossen werden, keine Vollstreckungstitel bilden könnten, es sei denn, sie wiesen die Voraussetzungen des § 794 Abs. 1 Z. 5 auf, seien also in die Form von vollstreckbaren Urkunden gekleidet. Auf die Frage, ob die Vergleiche nicht vielleicht wenigstens nach den Vollstreckungsvorschriften des FGG vollstreckt werden können, geht Rosenberg nicht ein. Auch das OLG München erörtert die Vollstreckbarkeit des in seiner Entscheidung in Rede stehenden Vergleichs nur unter dem Gesichtspunkt des § 794 ZPO.

Eine ganze Reihe von Schriftstellern befaßt sich wohl nur *scheinbar* mit dem gleichen Problem. Sie werfen die Frage auf, ob ein vor dem Richter der fG geschlossener Vergleich unter § 794 Abs. 1 Z. 1 ZPO fallen kann. Die Frage wird bisweilen bejaht, etwa von Troeltsch, Weismann und Struckmann-Koch¹⁶⁷, überwiegend aber verneint, vor allem von Wolf, Planck, Kretschmar, Heg-

165a) Vgl. S. 14 zu N. 11.

166) NJW 1953, 708 = JZ 1953, 341 = ZZP 66, 233 f. mit zustimmender Anmerkung von Rosenberg. Gegenstand der Entscheidung war ein bauerngerichtlicher Vergleich über Altenteilsleistungen, die vor dem Bauerngericht geltend gemacht worden waren. Damals existierte das Bundesgesetz über das Verfahren in Landwirtschaftssachen, das heute gilt, noch nicht. Es galten vielmehr länderrechtliche Durchführungsbestimmungen zu dem Kontrollratsgesetz Nr. 45, und zwar in Bayern die VO Nr. 127 vom 20. 2. 1947 (GVBl. S. 180). Die VO Nr. 127 sah zwar in ihrem § 26 einen Vergleich vor, enthielt jedoch nichts über seine Vollstreckbarkeit, sondern ordnete in § 30 lediglich an, daß die *Beschlüsse* des Bauerngerichts nach den Vorschriften der Zivilprozeßordnung vollstreckbar seien. Hiermit standen in Übereinstimmung die §§ 28 und 35 der Hess. DVO zum KRG 45 vom 11. 7. 1947 (GVBl. S. 44) und die §§ 27 und 35 der Bremer DVO zum KRG 45 vom 19. 7. 1948 (GesBl. S. 119 ff.). Im Gegensatz hierzu stand § 29 der Württ.-Bad. VO Nr. 166 zur Ausführung des KRG 45 (RegBl. S. 3 ff.). Die Württ.-Bad. VO war jedoch insofern unklar, als sie trotz Vollstreckbarerklärung des Vergleichs in § 29 in dem § 37 nur für die Vollstreckung der *Entscheidungen* des Gerichts auf die ZPO verwies, den Vergleich aber nicht miterwähnte. In der britischen Zone galt die „Verfahrensordnung für Landwirtschaftssachen“ (LVO) vom 2. 12. 1947 (VOBl. BZ. 1947, 157), die in ihrem § 24 einen Vorläufer des jetzigen § 31 LwVG vom 31. 7. 1953 hatte. Daher war im Bereich der LVO die Vergleichsvollstreckbarkeit nicht problematisch, sondern zweifelsfrei gegeben (vgl. BGHZ 14, 381/389 f. = NJW 1954, 1886 f.).

167) Troeltsch, Über den Prozeßvergleich, S. 24 f., (Zit. nach Hegler, Beitr. z. Lehre vom prozessualen Anerkenntnis u. Verzicht, S. 102 N. 2); Weismann, Lehrb. des ZPR, § 128 I 2 zu N. 2; Struckmann-Koch, Komm. z. ZPO, § 794 Anm. 1 Abs. 2.

ler, Falkmann, Dronke, Lehmann und Predari¹⁶⁸. Es erweist sich jedoch bei näherem Zusehen als äußerst zweifelhaft, ob diese Schriftsteller sich überhaupt zu der hier interessierenden Frage äußern wollten, ob *über eine Angelegenheit der fG* in dem Verfahren der fG ein Vergleich mit der Wirkung geschlossen werden kann, daß er einen Vollstreckungstitel im Sinne des § 794 Abs. 1 Z. 1 ZPO bildet. Offensichtlich haben sie ein ganz anderes Problem im Auge, nämlich die Frage, ob ein (beispielsweise vor einem entfernt liegenden Landgericht anhängiger) *Zivilprozeß* dadurch abgeschlossen werden kann, daß die Parteien vor einem (vielleicht in der Nähe befindlichen) anderen Gericht im Verfahren der fG einen Vergleich protokollieren lassen und ob dieser Vergleich dann ebenfalls einen Vollstreckungstitel im Sinne des § 794 Abs. 1 Z. 1 ZPO bildet. In dieser Form hat offenbar das Reichsgericht in seiner Entscheidung im 21. Band Seite 348 die Frage, ob das Gericht der fG Vergleichsgericht im Sinne des § 794 ZPO sein könne, verstanden. Es hat die Frage — übrigens nur sehr beiläufig — bejaht. Diese Entscheidung hat nun den Anlaß für die erwähnten zahlreichen Literaturstimmen gegeben, die teils zustimmend teils ablehnend sind. Daß auch von ihnen die Frage nur in dem beschriebenen Sinn verstanden wird, zeigt sich klar bei denjenigen, die sich nicht einfach mit einer bloßen Bejahung oder Verneinung der Frage begnügen, sondern eine Begründung für ihren Standpunkt geben. Für die bejahende Ansicht ist das vor allem Troeltsch, der einen Vergleichsschluß vor einem Gericht der fG „nach Analogie der Rechtshilfe“ für möglich hält. Die Gegenmeinung ist vor allem von Wolf, Predari, Lehmann, Hegler und Falkmann näher ausgeführt worden. Die Begründungen stellen vorwiegend auf die Unzuträglichkeiten ab, die sich aus einem Auseinanderfallen von Prozeßgericht und Vergleichsgericht ergeben, und lassen demzufolge ebenfalls klar erkennen, daß sie die Frage des Vergleichsschlusses vor einem Gericht der fG nicht in dem hier interessierenden, sondern in jenem ganz anderen Sinn verstehen.

Somit können die erwähnten zahlreichen Literaturstellen für die Beantwortung der Frage, ob über eine Angelegenheit und in einem Verfahren der fG ein vollstreckbarer Vergleich geschlossen werden kann, nicht mit herangezogen werden¹⁶⁹.

168) Wolf, Arch. civ. Pr. 88, 197 ff.; Planck, Lehrbuch des CPR, Bd. 2 S. 652 zu N. 8; Kretschmar, Der Vergleich im Prozesse, S. 85; Hegler, Beiträge zur Lehre vom prozessualen Anerkennung und Verzicht, S. 101/102; Falkmann, Zwangsvollstreckung, S. 64 N. 25; Dronke, ZJP 30, 71; H. Lehmann, Der Prozeßvergleich, S. 192; Predari, Gruch. Beitr. 54, 577—579.

169) Sogar die Ausführungen von Rosenberg in § 128 I a b, auf die oben verwiesen wurde, könnten bei wörtlicher Interpretation dahin ausgelegt werden, daß nur solche Vergleiche gemeint seien, die zwar vor einem Richter der fG, aber zum Abschluß eines *Zivilprozesses* geschlossen werden. Rosenberg spricht nämlich von Vergleichen zur Beilegung eines „Urteilsverfahrens“. Indessen hat das OLG München (vgl. N. 166) für seine Ansicht die zitierte Stelle bei Rosenberg herangezogen und Rosenberg hat dies sowohl in einer Anmerkung in der ZJP 66, 232 als auch in der 6. Auflage seines Lehrbuches gebilligt. Es steht also fest, daß Rosenberg hier auch denjenigen Vergleich, der über eine Angelegenheit der fG in einem darüber anhängigen fG-Verfahren geschlossen wird, nicht als „Verfahrensvergleich“ im technischen Sinne und insbesondere nicht als Vollstreckungstitel im Sinne des § 794 Abs. 1 Z. 1 ZPO anerkennen will.

Eine Änderung hat allerdings die — nach Fertigstellung der vorliegenden Arbeit erschienene — 7. Auflage des Rosenberg'schen Lehrbuches gebracht. Rosenberg läßt hier die Ausführungen darüber, daß § 794 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO nur Gerichte der streitigen Gerichtsbarkeit meine, wie man aus §§ 3 EGZPO und 2 EGGVG erkenne, weg. Er zitiert auch nicht mehr die Entscheidung des OLG München, sondern meint im Gegenteil, daß auch ein Gericht der fG, „wie z. B. ein landwirtschaftliches Gericht“, Vergleichsgericht im Sinne des § 794 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO sein könne. Hierzu nimmt Rosenberg auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 5. 10. 1954 (BGHZ 14, 381 ff. = NJW 1954, 1886 f.) Bezug. Diese Entscheidung bejaht nun aber keineswegs allgemein eine Vollstreckbarkeit von Vergleichen der fG. Sie läßt diese allgemeine Frage vielmehr dahingestellt und bejaht die Vollstreckbarkeit nur für den Vergleich in Landwirtschaftssachen, wobei der Bundesgerichtshof seiner Beurteilung die „Verfahrensordnung für Landwirtschaftssachen“ (LVO) vom 2. 12. 1947,

bb) Unter diesen Umständen ist auch durchaus zweifelhaft, in welchem Sinn der Kommentar von Stein-Jonas zu verstehen ist, der seit der 16. Auflage im Gegensatz zu den früheren Auflagen den Standpunkt vertritt, auch ein vor dem Richter der fG geschlossener Vergleich falle unter § 794 Abs. 1 Z. 1 ZPO¹⁷⁰.

Allerdings wird der Kommentar sowohl von dem OLG München als auch von Müller und Keidel¹⁷¹ dahin verstanden, daß er einen Vergleich, der in einem Verfahren der fG über eine dort zu regelnde Angelegenheit geschlossen wird, als Vollstreckungstitel im Sinne des § 794 Abs. 1 Z. 1 ZPO ansieht. Da der Kommentar jedoch für seine Ansicht auf die oben erwähnte Entscheidung des Reichsgerichts im 21. Band Seite 348 verweist und als Gegenmeinung Predari und Lehmann nennt, ist es zweifelhaft, ob man mit einer solchen Auslegung nicht etwas in den Kommentar hineininterpretiert, was er gar nicht sagen will. Denn diese Reichsgerichtsentscheidung und besonders deutlich die Ausführungen von Predari und Lehmann sind nach dem oben Gesagten in dem anderen Sinne einer bloßen Aufnahme des als Abschluß eines Zivilprozesses gedachten Vergleichs durch den Richter der fG zu verstehen¹⁷².

cc) Eindeutig sind dagegen die Ausführungen des Kommentars von Baumbach-Lauterbach in der 18. bis 21. Auflage. Während der Kommentar bis zur 17., noch von Baumbach selbst bearbeiteten Auflage den Standpunkt vertrat, daß ein vor einem Gericht der fG geschlossener Vergleich nicht unter § 794 Abs. 1 Z. 1 ZPO fallen könne, wurde dieser Standpunkt in der 18. Auflage von Lauterbach durch den gegenteiligen ersetzt, und zwar mit der Begründung, das sei „eine praktische Notwendigkeit, nachdem immer mehr ‚streitige‘ Sachen dem fG-Verfahren überwiesen worden sind“¹⁷³. Diese Begründung läßt keinen Zweifel darüber, daß der Kommentar wirklich den im Verfahren und über eine Angelegenheit der fG geschlossenen Vergleich meint und nicht nur den als Abschluß eines Zivilprozesses von einem Richter der fG aufgenommenen Vergleich. Gleichzeitig läßt diese Begründung allerdings auch erkennen, daß sie die Anwendbarkeit des § 794 Abs. 1 Z. 1 als Anwendungsfall einer „prozessualen Sonderbehandlung der echten Streitsachen in der fG“ ansieht.

Überraschenderweise findet sich jedoch in der 22. und 23. Auflage des Kommentars, obwohl an der zitierten Stelle nichts geändert wird, an einer anderen Stelle eine im Ergebnis genau entgegengesetzte Bemerkung¹⁷⁴. Dort wird nämlich die einige Zeit vorher ergangene Entscheidung des OLG München zitiert und gebilligt. Wenn hierbei im Anschluß an das OLG München gesagt wird, „ein vor einem Bauerngericht geschlossener Vergleich falle nicht unter

die in der britischen Zone vor dem Inkrafttreten des LwVerfG galt, zugrundelegt. Die LVO ordnete die Vergleichsvollstreckbarkeit in § 24 ausdrücklich an, wie das jetzt für das ganze Bundesgebiet in § 31 LwVerfG geschieht. Da der Bundesgerichtshof somit keine Stellung zu der Frage genommen hat, was in den nicht ausdrücklich geregelten Fällen gilt, ist ungewiß, ob Rosenberg durch die Änderung in der 7. Auflage seines Lehrbuchs seine bisherige Meinung in ihr Gegenteil verkehren oder ob er lediglich — wie der Bundesgerichtshof in der genannten Entscheidung — Vergleichsvergleiche nur in den Fällen gesetzlicher Sonderregelung anerkennen und das allgemeine Problem der Möglichkeit von Vergleichsverfahren der fG unentschieden lassen wollte.

170) § 794 Anm. II 2 a und c.

171) OLG München S. o. N. 166; Müller, JZ 1954, 19; Keidel, Komm. z. FGG 6. Auflage, Vorbemerkung 6 vor § 8.

172) In der Ergänzungslieferung vom Dezember 1954 zitiert der Kommentar allerdings den Aufsatz von Hanswerner Müller, der die Vollstreckbarkeit von im Verfahren und über Angelegenheiten der fG geschlossenen Vergleichen bejaht. Da an der gleichen Stelle jedoch nach wie vor die Aufsätze von Predari und Lehmann als „Gegenmeinung“ zitiert werden, obwohl sie doch ein ganz anderes Problem behandeln, fragt sich, ob die neuen Bearbeiter des Kommentars nicht ebenso wie das OLG München, Müller und Keidel verkannt haben, zu welcher Frage der Kommentar in seinen früheren Bearbeitungen eigentlich Stellung nehmen wollte.

173) Anhang nach § 307 Z. 4 A.

174) § 794 Anmerkung 2 A.

§ 794 ZPO, da das Verfahren der fG angehöre“, dann ist hierbei selbstverständlich nicht berücksichtigt, daß der *bauerngerichtliche* Vergleich heute schon wegen der Sonderregelung, die inzwischen in § 31 des Gesetzes über das gerichtliche Verfahren in Landwirtschaftssachen vom 21. 7. 1953 getroffen worden ist, einen Vollstreckungstitel im Sinne der Zivilprozeßordnung bildet, so daß für ihn die Zweifelsfrage der generellen Anwendbarkeit des § 794 Abs. 1 Z. 1 ZPO auf Vergleiche, die im Verfahren der fG geschlossen werden, überhaupt nicht mehr aktuell ist. Wie sich aus der Begründung: „da das Verfahren der fG angehört“, ergibt, will der Kommentar von Baumbach-Lauterbach jedoch im Anschluß an das OLG München an dieser Stelle *allgemein* die Unanwendbarkeit des § 794 Abs. 1 Z. 1 ZPO aussprechen und sie nur am Falle des bauerngerichtlichen Vergleichs exemplifizieren, ohne zu erkennen, daß dieser konkrete Fall durch die eingetretene Gesetzesänderung inzwischen außerhalb allen Zweifels steht.

Der Kommentar von Baumbach-Lauterbach enthält daher hinsichtlich der Frage nach der Vollstreckbarkeit des im Verfahren der fG geschlossenen Vergleichs zwei widersprechende Stellen, von denen die eine in Zukunft gestrichen oder geändert werden muß.

dd) Für eine unterschiedliche Beantwortung der Vollstreckbarkeitsfrage tritt Schönke in einer Anmerkung zu der Entscheidung des OLG München vom 13. 11. 1952 ein¹⁷⁵. Er hält einen vor dem Richter der fG geschlossenen Vergleich dann für einen Vollstreckungstitel im Sinne des § 794 Abs. 1 Z. 1 ZPO, „wenn die Zwangsvollstreckung aus den *Entscheidungen* des in Frage stehenden Gerichts nach den Vorschriften der ZPO stattfindet“. Sei dies der Fall, dann sei es auch gerechtfertigt, den Kreis der in Betracht kommenden Vollstreckungstitel so zu umgrenzen, wie es in der ZPO geschieht, also die Vergleiche mit einzubeziehen. Seien dagegen für die Vollstreckung andere Vorschriften als die der ZPO maßgebend, dann müsse auch der Kreis der Vollstreckungstitel nach diesen besonderen Vorschriften bestimmt werden. Bei einer solchen Behandlung der Angelegenheit könne auch dem Argument aus § 3 EGZPO keine entscheidende Bedeutung mehr zukommen, da der Gesetzgeber in den für eine Vollstreckbarkeit in Frage kommenden Fällen selbst, wenn auch nur für die Entscheidungen, auf die Vollstreckungsvorschriften der ZPO verwiesen habe.

Einen Umkehrschluß aus den verschiedenen neueren Sondergesetzen, die ausdrücklich eine Vollstreckbarkeit von Vergleichen der fG anordnen, lehnt Schönke ab und befürwortet aus teleologischen Erwägungen im Gegenteil eine Analogie dieser Bestimmungen, freilich nur für diejenigen Fälle, in denen, wie gesagt, für die Vollstreckung der Entscheidungen auf die ZPO verwiesen worden ist¹⁷⁶. Einen Gegensatz zu der unter bb) wiedergegebenen Auffassung des Kommentars von Stein-Jonas, die in der von Schönke bearbeiteten 17. Auflage unverändert beibehalten wurde, bildet diese von Schönke in der Besprechung der Entscheidung des OLG München geäußerte Ansicht nur dann, wenn man den Kommentar wirklich im Sinne einer Anwendbarkeit des § 794 Abs. 1 Z. 1 ZPO auf den zur Beendigung eines Verfahrens der fG geschlossenen Vergleich versteht, was nach den obigen Ausführungen aber sehr zweifelhaft ist.

ee) Hanswerner Müller hält in seinem schon mehrfach erwähnten Aufsatz § 794 Abs. 1 Z. 1 ZPO für unmittelbar anwendungsfähig¹⁷⁷.

¹⁷⁵) JZ 1953, 341 f.

¹⁷⁶) Diese Einschränkung ergibt sich aus den Ausführungen Schönkes eindeutig. Unrichtig ist es daher, wenn Müller (JZ 1954 S. 19 zu N. 38) und Keidel (6. Auflage Vorbem. 6 vor § 8) Schönke so wiedergeben, als habe er eine generelle Anwendung des § 794 Abs. 1 Z. 1 ZPO auf Vergleiche der fG bejaht.

¹⁷⁷) JZ 1954, 19.

Vorsorglich meint er, falls man demgegenüber eine unmittelbare Anwendung dieser Vorschrift ablehne, müsse nach dem Gegenstand des Vergleichs unterschieden werden:

Soweit er den Gegenstand des Verfahrens der fG betreffe und die getroffene Vereinbarung überhaupt vollstreckungsfähig sei, müsse die einschlägige Vorschrift des FGG angewendet werden. Die einschlägige Vollstreckungsvorschrift des FGG ist § 33. Soweit diese Vorschrift reicht, will Müller sie also zur Grundlage der Vollstreckung machen. Als Beispiel führt er einen Vergleich vor dem Vormundschaftsrichter im Verfahren nach § 74 des EheGes. über die Herausgabe eines Kindes an, aus dem nach § 33 FGG die Vollstreckung zuzulassen sei.

Soweit in dem Vergleich Vereinbarungen über einen außerhalb des Verfahrens der fG liegenden Gegenstand getroffen werden, hält Müller dann aber doch § 794 Abs. 1 Z. 1 ZPO für anwendbar, wobei er freilich, wenn er es auch nicht ausspricht, nur eine *entsprechende* Anwendung meinen kann, da ja seine Unterscheidung nach dem Vergleichsgegenstand überhaupt nur für den Fall einer Ablehnung der von ihm in erster Linie vertretenen unmittelbaren Anwendbarkeit des § 794 Abs. 1 Z. 1 ZPO gedacht ist.

Keidel, der bis zur 5. Auflage seines Kommentars zum FGG jede Vollstreckung aus einem im Verfahren der fG geschlossenen Vergleich abgelehnt hat¹⁷⁸, folgt nunmehr in der 6. Auflage der Ansicht Müllers. Er läßt allerdings insofern einen Zweifel, als er auf der einen Seite im Anschluß an Müller den § 794 Abs. 1 Z. 1 ZPO für anwendbar erklärt¹⁷⁹, während er auf der anderen Seite auch den § 33 FGG anwenden möchte¹⁸⁰, ohne klarzustellen, ob hiermit eine Zustimmung zu der erwähnten *Hilfsmeinung* Müllers und daher eine Ablehnung der *unmittelbaren* Anwendung des § 794 Abs. 1 Z. 1 ZPO gemeint ist.

ff) Eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs zu der Frage liegt noch nicht vor. Sie kann auch nicht etwa in dem bekannten Beschluß des V. Zivilsenats vom 17. 6. 1952 über die Zulässigkeit eines Schiedsverfahrens in Pachtrechtsstreitigkeiten¹⁸¹ erblickt werden. Zwar mußte diese Entscheidung wegen des Wortlauts des § 1025 Abs. 1 ZPO notwendigerweise auch eine Vergleichszulässigkeit in solchen Fällen bejahen. Jedoch meint § 1025 Abs. 1 ZPO nach herrschender Ansicht nur den Vergleich des *materiellen* Rechts (s. o. N. 58). Schon deshalb wäre es unrichtig, dem Bundesgerichtshof zu unterstellen, er habe mit dieser Entscheidung auch Verfahrensvergleiche der fG anerkennen wollen. In einer späteren Entscheidung vom 5. 10. 1954 hat der gleiche (V.) Senat des Bundesgerichtshofs die allgemeine Frage der Vollstreckbarkeit von Vergleichen der fG sogar ausdrücklich dahingestellt sein lassen^{181a}.

c) Stellungnahme

Die Beantwortung der Frage der Vollstreckbarkeit von Vergleichen, die in Verfahren der fG geschlossen werden, kann von verschiedenen Ausgangspunkten her versucht werden, je nachdem, welche Vorschriften man ins Auge faßt und daraufhin prüft, ob sie unmittelbar oder entsprechend angewendet werden können oder zu einem Umkehrschluß im Sinne der Nichtvollstreckbarkeit der Vergleiche zwingen.

178) § 1 Anm. 2 a Abs. 3 und § 33 Anm. 3, auch Rpfleger 1953, 50.

179) Vorbem. 6 vor § 8.

180) § 33 Anm. 3; aber auch schon an der in der vorigen Anmerkung genannten Stelle wird hinter der Bejahung der Anwendbarkeit des § 794 Abs. 1 Z. 1 ZPO hinzugefügt: „Unter Umständen kann § 33 FGG (z. B. Vergleich über Herausgabe eines Kindes) herangezogen werden“.

181) BGHZ 6, 248 ff. Nach der Begründung der Entscheidung kann angenommen werden, daß der BGH die Zulässigkeit von Schiedsverfahren auch noch in anderen „echten Streitsachen“ bejaht.

181a) BGHZ 14, 381/389 = NJW 1954, 1886 f.; s. hierzu oben N. 166 a. E. u. N. 169 Abs. 2.

Daß die beiden Fälle, in denen das FGG selbst Vereinbarungen der Beteiligten für vollstreckbar erklärt — das Erbauseinandersetzungsverfahren und das Verfahren zur Feststellung der Dispache — keinen Analogie- oder Umkehrschluß rechtfertigen, wurde schon gesagt. Es handelt sich hier um Vereinbarungen, die überhaupt keine Vergleichsvergleiche darstellen, da ihnen deren Charakteristikum, daß sie eine Gerichtsentscheidung entbehrlich machen, fehlt.

Zu erörtern sind dagegen die Vorschriften des § 794 Abs. 1 Z. 1 ZPO, des § 33 FGG und schließlich die Sonderbestimmungen, die in den mehreren neuen Verfahrensarten der fG ausdrücklich eine Vollstreckbarkeit von Vergleichen vorsehen.

aa) Eine *unmittelbare* Anwendung kann nur für § 794 Abs. 1 Z. 1 ZPO in Betracht kommen. Mit ihm ist daher zu beginnen.

§ 794 Abs. 1 Z. 1 ZPO erlaubt die Vollstreckung „aus Vergleichen, die zwischen den Parteien oder zwischen einer Partei und einem Dritten zur Beilegung des Rechtsstreits seinem ganzen Umfang nach oder in betreff eines Teiles des Streitgegenstandes vor einem deutschen Gericht . . . abgeschlossen sind“.

Der Wortlaut dieser Bestimmung würde ihrer unmittelbaren Anwendung auf Vergleiche der fG nicht entgegenstehen. Unter „einem deutschen Gericht“ kann jedes deutsche Gericht, also auch ein Gericht der fG verstanden werden. Auch die Verwendung des Wortes „Rechtsstreit“ erlaubt keinen Schluß darauf, daß die Vorschrift auf Vergleiche der fG unanwendbar sei. Die Bezeichnung „Rechtsstreit“ ist untechnisch zu verstehen^{181b}. Schließlich gibt auch der Ausdruck „Parteien“ keinen sicheren Anhalt für die Beantwortung unserer Frage. Allerdings kennt die fG nur „Beteiligte“, welcher Begriff dem Wesen und der Aufgabe des Verfahrens der fG entsprechend erheblich weiter reicht als der enge Parteibegriff des Zivilprozesses. Es ist jedoch nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber durch die Verwendung des Wortes „Parteien“ die Reichweite des § 794 Abs. 1 Z. 1 einschränken wollte, falls diese Vorschrift im übrigen eine unmittelbare Erfassung von Vergleichen der fG gestatten sollte. Vor allem setzt die Vorschrift sich durch die ausdrücklich eröffnete Möglichkeit, dritte Personen in den Vergleich einzubeziehen, wieder über den Begriff der „Parteien“ hinweg, so daß dieser schon deshalb kaum als Grund für ihre Unanwendbarkeit auf Vergleiche der fG ausreicht.

Es wäre jedoch unrichtig, wollte man die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit des § 794 Abs. 1 Z. 1 ZPO auf Vergleiche der fG nur aus seinem eigenen Wortlaut heraus festzustellen suchen. Vielmehr müssen auch diejenigen Vorschriften berücksichtigt werden, die allgemein das Anwendungsgebiet der Zivilprozeßordnung abstecken. Das ist der durchaus zutreffende Gedanke Rosenbergs^{181c}. Allerdings ergibt § 2 EGGVG, auf den er verweist, nichts für die Beantwortung unserer Frage. Er spricht zwar nur von der ordentlichen *streitigen* Gerichtsbarkeit, jedoch regelt er allein die Anwendbarkeit des *Gerichtsverfassungsgesetzes* und trifft im übrigen, was die fG angeht, nicht mehr zu. Entgegen dem Wortlaut des § 2 EGGVG ist das GVG nämlich auch für die Gerichtsverfassung der fG maßgebend¹⁸²; denn der Reichsgesetzgeber hat durch das über zwanzig Jahre nach dem GVG erlassene FGG die fG den Gerichten ohne nähere Maßgabe, d. h. in der bestehenden Verfassung, übertragen. Hierzu war er befugt¹⁸³.

181b) Vgl. S. 33 zu N. 85.

181c) In der 6. Aufl. seines Lehrbuchs. In der 7. Aufl. sind die diesbezüglichen Ausführungen in Wegfall gekommen. Vgl. N. 169 Abs. 2.

182) Schlegelberger, Vorbem. 4 vor § 1; Lent, StB, § 4 I.

183) Einer ausdrücklichen gesetzlichen Verankerung dieser Befugnis bedurfte es für den Reichsgesetzgeber nicht. Nur für den Landesgesetzgeber war sie notwendig und ist auch in § 4 EGGVG erfolgt.

Wohl aber gibt § 3 EGZPO, den Rosenberg ebenfalls erwähnt, den erforderlichen Hinweis. Zwar sind auch die Gerichte der fG ordentliche Gerichte (vgl. N. 98). Sie entscheiden jedoch in einer anderen Verfahrensart, eben derjenigen der fG. Damit, daß eine Angelegenheit gesetzlich in das Verfahren der fG verwiesen worden ist, hört sie auf, im formellen Sinn — und auf diesen kommt es für § 3 EGZPO an — eine „bürgerliche Rechtsstreitigkeit“ zu sein¹⁸⁴. Mag die Angelegenheit auch im materiellen Sinn oder „ihrem Begriff nach“ eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit geblieben sein¹⁸⁵, im formellen und für § 3 EGZPO entscheidenden Sinn hat sie durch die Zuweisung in die fG die Eigenschaft einer bürgerlichen Rechtsstreitigkeit verloren. Damit stimmt es überein, wenn die heute völlig herrschende Meinung die Abgrenzung zwischen streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit als eine Frage der Zulässigkeit des Rechtsweges bezeichnet (s. N. 72), denn auch für die Zulässigkeit des Rechtsweges kommt es auf den Begriff der bürgerlichen Rechtsstreitigkeit im formellen Sinn an. Zwar ist § 13 GVG auf die Abgrenzung zwischen streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit nicht anwendbar¹⁸⁶, da die fG richtiger Ansicht nach keine Verwaltung ist, aber man erkennt aus dieser Vorschrift doch, daß für die Zulässigkeit des Rechtsweges letztlich der Begriff der bürgerlichen Rechtsstreitigkeit im formellen Sinn maßgebend ist. Die herrschende Lehre, die den Rechtsweg für unzulässig erklärt, wenn eine Angelegenheit in das Verfahren der fG gehört, geht daher offensichtlich ebenfalls davon aus, daß eine solche Angelegenheit keine bürgerliche Rechtsstreitigkeit im formellen Sinn darstellt.

Eine unmittelbare Anwendung der Zivilprozeßordnung kommt daher auf Angelegenheiten der fG zufolge des § 3 EGZPO nicht in Frage. Für § 794 Abs. 1 Z. 1 ZPO kann bei dieser Rechtslage, trotz seiner allgemein gehaltenen Fassung, nichts anderes gelten. Die Ansicht Müllers, daß diese Vorschrift auf einen im Verfahren der fG geschlossenen Vergleich unmittelbar Anwendung finde, trifft daher nicht zu.

Über den viel erörterten Streitpunkt, ob ein Zivilprozeß durch einen Vergleich vor einem Gericht der fG abgeschlossen werden kann und ob dieser Vergleich dann einen Vollstreckungstitel im Sinne des § 794 Abs. 1 Z. 1 bildet, ist damit noch nichts gesagt. Hierauf ist nur zur Klarstellung hinzuweisen, wenn auch diese ganz andere Frage mit dem Problem des Vergleichs in der fG im Grunde genommen nichts zu tun hat und streng von ihm zu trennen ist. In einem solchen Falle ist ja eine echte bürgerliche Rechtsstreitigkeit, auch im formellen Sinne, gegeben und die Anwendbarkeit des § 794 Abs. 1 Z. 1 hängt hier in der Tat nur von der reinen Wortauslegung ab, was unter „einem deutschen Gericht“ zu verstehen ist. Theoretisch ließe es sich also durchaus vereinbaren, einen solchen Vergleich als Vollstreckungstitel nach § 794 Abs. 1 Z. 1 zu behandeln — obwohl ein solches Ergebnis aus praktischen Erwägungen kaum als wünschenswert erscheint, da der Vergleich dort geschlossen werden sollte, wo auch der Prozeß stattgefunden hat —, während man in der hier interessierenden Frage, ob ein über eine Angelegenheit und in einem Verfahren der fG geschlossener Vergleich unter § 794 Abs. 1 Z. 1 ZPO fällt, mit Rücksicht auf § 3 EGZPO zu dem gegenteiligen Ergebnis kommt.

Die Unmöglichkeit, § 794 Abs. 1 Z. 1 ZPO auf den Vergleich der fG unmittelbar anzuwenden, besagt nun freilich noch nicht, daß nicht wenigstens eine

184) Vgl. Walsmann, § 3 EGZPO Anm. 1.

185) de Boor, *Judicium* I, S. 270; Josef, *Lehrbuch*, S. 99; vgl. auch BGHZ 6, 254/255.

Josef und de Boor definieren die sog. „echten Streitsachen“ der fG ja gerade in der Weise, daß sie „Bürgerliche Rechtsstreitigkeiten“ im materiellen Sinn seien, die nur kraft besonderer Zuweisung dem Verfahren der fG angehören, ohne eine solche Zuweisung aber auf Grund der §§ 13 GVG und 3 EGZPO in den Zivilprozeß gehören würden.

186) Blomeyer, *Freiwillige Gerichtsbarkeit und Zivilprozeß*, in *Festschrift für Hedemann*, 1938, Seite 205.

entsprechende Anwendung möglich ist. Indessen erscheint es richtig, wenn schon die Frage der Vollstreckbarkeit eines Vergleichs der fG allenfalls mit Hilfe einer Analogie zu lösen ist, dann doch zunächst diejenige Vollstreckungsvorschrift zu erörtern, die das FGG selbst enthält, also § 33 FGG.

bb) § 33 FGG ist die einzige allgemeine Vollstreckungsvorschrift des FGG.

Absatz 1 regelt die Vollstreckung von Verpflichtungen zur Vornahme von Handlungen, die ausschließlich von dem Willen des Verpflichteten abhängen, sowie von Unterlassungen und Duldungen. Vollstreckungsmittel ist die Verhängung von Ordnungsstrafen.

Absatz 2 regelt die Vollstreckung der Verpflichtung zur Herausgabe einer Sache oder Person sowie zur Vorlage einer Sache. Vollstreckungsmittel ist — neben der Ordnungsstrafe, die auch hier möglich ist¹⁸⁷ — die Anwendung unmittelbaren Zwanges.

Die gesamte Vollstreckung nach § 33 FGG, sowohl die nach Absatz 1 als auch die nach Absatz 2, setzt nach dem Wortlaut der Vorschrift eine gerichtliche *Verfügung* voraus. Absatz 1 drückt das besonders deutlich aus. Für den 2. Absatz folgt es mittelbar einmal aus seinem Zusammenhang mit dem Absatz 1, sodann aber auch aus dem Erfordernis einer „besonderen“, also *zweiten* Verfügung des Gerichts. Nach dem klaren Wortlaut der Vorschrift kann ein Vergleich daher keine Grundlage einer Vollstreckung nach § 33 FGG sein.

Wegen dieses Gesetzeswortlauts kann eine unmittelbare Anwendung des § 33 FGG auf den im Verfahren der fG geschlossenen Vergleich von vornherein nicht in Frage kommen. Nur eine analoge Anwendung kann in Betracht gezogen werden. Vermutlich denken auch Hanswerner Müller und Keidel (s. o. S. 64), die eine Heranziehung des § 33 in gewissen Fällen für möglich halten, nur an eine derartige entsprechende Anwendung.

Durch eine analoge Anwendung des § 33 FGG könnten jedoch, wie vorweg festzustellen ist, nicht alle Vergleiche der fG Vollstreckbarkeit erlangen. § 33 ergibt ja nicht hinsichtlich aller Arten von Verpflichtungen eine Vollstreckungsmöglichkeit, wie das 8. Buch der ZPO für den Bereich des Zivilprozesses. Insbesondere fehlt eine Vollstreckungsmöglichkeit wegen Geldforderungen. Der Grund, weshalb § 33 FGG eine Vollstreckung von Geldforderungen nicht erwähnt, ist einfach der, daß das FGG gerichtliche Verfügungen, die einem Beteiligten die Zahlung einer bestimmten Geldsumme an einen anderen Beteiligten nach Art einer Verurteilung auferlegen, gar nicht vorsieht¹⁸⁸. Man denke etwa an den Fall des § 165 Abs. 2 FGG. Das Gericht ist hier lediglich befugt, die *Höhe* der Vergütung des gerichtlich bestellten Verwahrers *festzusetzen*; nicht aber kann das Gericht der fG den Hinterleger gleichzeitig auch zur *Zahlung des Betrages* „verurteilen“. Aus dem Beschluß, der die Höhe der Vergütung festsetzt, kann nicht etwa wegen des festgesetzten Betrages die Vollstreckung betrieben werden (vgl. S. 30), vielmehr muß der Verwahrer

187) Keidel, § 33 Anm. 17 Abs. 2.

188) Nur außerhalb des FGG sind vereinzelte Fälle vorgesehen, in denen das Gericht der fG einen Beteiligten auch zur Zahlung von Geldbeträgen „verurteilen“ kann. Hier sieht dann das Gesetz durchweg eine Vollstreckung nach den Vorschriften der ZPO vor. Vgl. vor allem die §§ 27 Abs. 2, 45 Abs. 3, 136 Abs. 5, 244 Abs. 4 AktGes. Die Möglichkeit, einen Beteiligten zu „verurteilen“, die *außergerichtlichen Kosten* eines anderen Beteiligten zu tragen (vgl. Keidel, Vorbemerkung 5 Abs. 4 und 5 vor § 14 FGG), kann in diesem Zusammenhang außer Betracht bleiben. Diese Möglichkeit besteht, sofern in dem Verfahren mehrere „*gegensätzliche*“ Beteiligte vorhanden sind, was keineswegs nur in den „*echten Streitverfahren*“ der Fall ist. Die Frage ist landesrechtlich geregelt. In den meisten Landesgesetzen setzt eine solche Kostenauflegung einen entsprechenden Antrag voraus. So vor allem Art. 9 Preuß. FGG, Art. 22 des früheren Hess. AGFGG, jetzt Art. 11 des Hess. FGG vom 12. 4. 1954 (Hess. GVBl. 1954 S. 59), Art. 6 Württ. AGBGB.

den festgesetzten Betrag, wenn der Hinterleger ihn nicht zahlt, im Zivilprozeß einklagen und dann auf Grund des dort erwirkten Urteils vollstrecken. Es liegt also eine geteilte Zuständigkeit zwischen dem Gericht der fG und dem Prozeßgericht vor, insofern als das eine über die Höhe der Vergütung und das andere über die Verpflichtung zu ihrer Zahlung zu entscheiden hat. Ganz ähnlich liegt es in dem Fall des § 1612 Abs. 2 S. 2 BGB. Das Gericht der fG kann hier zwar die elterliche Bestimmung über die Art der Unterhaltsgewährung ändern, etwa in Geldzahlungen, die in bestimmten Zeitabschnitten zu erbringen sind, es kann aber nicht die Eltern zu diesen Zahlungen auch selbst anhalten. Kommen die Eltern der gerichtlichen Bestimmung über die Art der Unterhaltsgewährung nicht nach, dann muß das Kind vielmehr, wie bereits erwähnt wurde^{188a}, ebenfalls im Zivilprozeß klagen und dann auf Grund des zivilprozessualen Titels die Zwangsvollstreckung betreiben. Im Falle des § 2227 BGB schließlich ist es beispielsweise denkbar, daß das Gericht zwar einen wichtigen Grund für die Entlassung des Testamentsvollstreckers bejaht, andererseits aber eine Abfindung oder abschließende Vergütung des Testamentsvollstreckers für angemessen hält. Das Gericht ist aber nicht in der Lage, dem Erben irgendeine Zahlung mit Vollstreckbarkeitswirkung aufzuerlegen. Es kann hier sogar nicht einmal einen bestimmten Betrag *festsetzen*, den der Testamentsvollstrecker dann wie in den beiden vorgenannten Fällen im Zivilprozeß einklagen könnte. Für die gesamte Vergütungsfrage ist vielmehr ausschließlich der Zivilprozeß gegeben¹⁸⁹. Auch eine geteilte Zuständigkeit wie in den beiden anderen Fällen liegt hier also nicht vor.

In allen diesen Fällen sind aber Vergleiche möglich, und zwar auch solche, in denen ein Beteiligter sogleich die Verpflichtung zur *Zahlung* der näher bestimmten Vergütung, des näher bestimmten Unterhalts, der näher bestimmten Abfindung übernehmen kann. Daß das Gericht der fG, wenn es zu einer Entscheidung gekommen wäre, gar nicht selbst dem Beteiligten bereits die Zahlung hätte auferlegen können, steht dem Vergleich nicht im Wege, da dieser sich nicht an die Zuständigkeitsgrenzen des Gerichts zu halten braucht, vor dem er geschlossen wird^{189a}.

Ließe man nun eine Vollstreckung der Vergleiche in Analogie zu § 33 FGG zu, so könnte die Vollstreckbarkeit sich doch keinesfalls auf solche Verpflichtungen beziehen, die — weil sie die Kompetenz des Gerichts der fG überschreiten — in § 33 FGG überhaupt nicht als vollstreckbar vorgesehen sind. Eine analoge Anwendung des § 33 FGG kann nur insoweit eine Vollstreckbarkeit begründen, als ein Beteiligter im Vergleich eine der in § 33 FGG erwähnten Verpflichtungen übernommen hat, also soweit er sich verpflichtet hat, „eine Handlung vorzunehmen, die ausschließlich von seinem Willen abhängt, oder eine Handlung zu unterlassen oder die Vornahme einer Handlung zu dulden“ (Absatz 1), oder soweit er sich verpflichtet hat, „eine Sache oder eine Person herauszugeben oder eine Sache vorzulegen“ (Absatz 2). Daß die Verpflichtung zur Zahlung eines Geldbetrages auch dann, wenn der Verpflichtete hierzu ohne weiteres in der Lage ist, nicht einfach als ein Unterfall der Verpflichtung zur Vornahme einer Handlung, die ausschließlich vom Willen des Verpflichteten abhängt, aufgefaßt werden kann, ergibt sich klar aus dem Gegensatz des 2. und 3. Abschnittes des 8. Buches der ZPO und damit aus der Grundstruktur unseres Vollstreckungsrechts ganz allgemein. In dem 2. Abschnitt ist die Zwangsvollstreckung „wegen Geldforderungen“ behandelt (§§ 803 ff.) und in dem 3. Abschnitt u. a. die in Rede stehenden Fälle

188a) S. 45 zu N. 120.

189) KG JW 1937, 475 Nr. 25; Palandt-Rechenmacher, § 2221 BGB Anm. 2.

189a) Hierüber S. 29 ff.

der Erzwingung von unvertretbaren Handlungen (§ 888) und von Unterlassungen und Duldungen (§ 890).

Wie verhält es sich nun mit der Möglichkeit einer analogen Anwendung des § 33 FGG? Wie jede Analogie, würde auch diese eine Rechtsähnlichkeit zwischen dem gesetzlich geregelten Tatbestand und demjenigen Tatbestand, der durch den Analogieschluß erfaßt werden soll, voraussetzen. Man müßte also sagen können, daß ein Vergleich einer gerichtlichen Entscheidung rechtsähnlich sei. Das aber ist unmöglich. Ein Vergleich und eine Entscheidung sind ganz verschiedene Dinge. Das eine ist eine Parteihandlung oder, um in der Terminologie der fG zu sprechen: eine Beteiligtenhandlung, das andere eine Gerichts-, also eine Staatshandlung. Völlig verfehlt wäre das Argument, ein „Verfahrensvergleich“ äußere ganz ähnliche *Wirkungen* wie eine gerichtliche Entscheidung, so daß aus diesem Grunde die Rechtsähnlichkeit zu bejahen sei. Diese Argumentation wäre ein Denkfehler, denn es soll ja gerade erst festgestellt werden, ob dem im Verfahren der fG geschlossenen Vergleich entscheidungsähnliche Wirkungen, und zwar zunächst und vor allem die Vollstreckbarkeitswirkung, zukommen. Wenn bei der Erörterung dieser Vollstreckbarkeitswirkung die Frage nach der analogen Anwendbarkeit des § 33 FGG auftaucht, dann kann selbstverständlich nicht diese Wirkung, die das *Ergebnis* der Analogie darstellen würde, als deren *Voraussetzung* — nämlich um die Rechtsähnlichkeit zwischen Vergleich und gerichtlicher Verfügung zu begründen — benutzt werden.

Die Frage der Rechtsähnlichkeit im Hinblick auf eine entsprechende Anwendung des § 33 FGG kann deshalb nur so gestellt werden, ob der Vergleich als *materiellrechtliches* Rechtsgeschäft einer gerichtlichen Entscheidung rechtsähnlich ist. Das ist jedoch nicht der Fall.

Über eine entsprechende Anwendung des § 33 FGG läßt sich daher eine Vollstreckbarkeit des im Verfahren der fG geschlossenen Vergleichs nicht begründen.

cc) Anders liegen die Dinge jedoch hinsichtlich einer *Analogie des § 794 Abs. 1 Z. 1 ZPO*. Wenn geprüft werden soll, ob er auf den Vergleich der fG entsprechend angewendet werden kann, dann stellt sich die Frage, ob eine Rechtsähnlichkeit vorliegt, nicht für den Vergleich der fG einerseits und eine gerichtliche Entscheidung andererseits, sondern für den Vergleich der fG einerseits und den *zivilprozessualen Vergleich* andererseits.

Eine Rechtsähnlichkeit zwischen diesen beiden Erscheinungsformen des Vergleichs ist aber unbedenklich zu bejahen. Beide sind Partei- bzw. Beteiligtenhandlungen, beide genügen den Voraussetzungen des § 779 BGB und beide haben gemeinsam, daß sie sich auf den Verfahrensgegenstand beziehen und zufolge der Verfügungsbefugnis der Parteien über ihn auch beziehen können. Beide Verfahren haben es ferner mit *privatrechtlichen* Angelegenheiten zu tun¹⁹⁰.

Mit Rücksicht auf diese Rechtsähnlichkeit erscheint es gerechtfertigt, die Rechtsfolge des § 794 Abs. 1 Z. 1 ZPO, nämlich die Vollstreckbarkeit, im Wege der Analogie auf den Vergleich der fG, der den Voraussetzungen eines Verfahrensvergleichs entspricht, zu übertragen.

Es ist unrichtig, wenn bisweilen in der Literatur behauptet wird, eine entsprechende Anwendung von Vorschriften der ZPO auf das Verfahren der fG sei nur dort möglich, wo das Gesetz sie ausdrücklich zuläßt¹⁹¹. Wo eine wirkliche Rechtsähnlichkeit besteht, müssen Analogieschlüsse gestattet werden. Freilich besteht zwischen dem Zivilprozeß und dem Verfahren der fG ein grundsätzlicher Unterschied, der bei allen Analogieschlüssen zur Vorsicht mahnt.

¹⁹⁰) Vgl. Lent, StB, § 2 II.

¹⁹¹) Busch, Festschrift für R. Koch, S. 189; Schlegelberger, Komm. z. FGG, Vorbem. 3 vor § 1.

Sofern sich aber die Voraussetzungen eines bestimmten Rechtsinstituts, wie diejenigen des Prozeßvergleichs, in Fällen der fG in völlig gleichartiger Form wie im Zivilprozeß feststellen lassen, ist der „grundsätzliche Unterschied“ durchbrochen und Raum gegeben für eine entsprechende Gesetzesanwendung¹⁹².

Eine Analogie verbietet sich hinsichtlich des § 794 Abs. 1 Z. 1 ZPO auch nicht deshalb, weil die Erlangung eines Vollstreckungstitels den Schlußstein und damit einen besonders markanten Punkt des Verfahrens bildet. Dies ist allerdings die Auffassung des OLG München (s. o. N. 166), das jede Analogie „bei der am Ende des Verfahrens stehenden Frage der Vollstreckbarkeit ebenso wie bei der am Anfang stehenden Frage der Zuständigkeit“ für ausgeschlossen hält. Wenn die für jeden Analogieschluß entscheidende Frage, ob alle Voraussetzungen einer echten Rechtsähnlichkeit gegeben sind, zu bejahen ist, dann bestehen auch hinsichtlich der Vollstreckbarkeit keine durchgreifenden Bedenken gegen eine Übernahme im Wege der Analogie. Für die nach Ansicht des OLG München gleichgelagerte Zuständigkeitsfrage ist im übrigen auf die erwähnte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes über die Zulassung eines Schiedsverfahrens in gewissen Angelegenheiten der fG zu verweisen. Es handelt sich hier um nichts anderes als um die analoge Übernahme einer die Zuständigkeit regelnden Vorschrift der ZPO (§ 1025) auf die fG. Schließlich ist zu bemerken, daß in Rechtsprechung und Literatur eine analoge Anwendung des § 794 Abs. 1 Z. 1 ZPO auf Vergleiche in anderen Verfahren, wenn auch nicht in solchen der fG, bereits früher bejaht worden ist, wie etwa auf Vergleiche im Privatklage- und im Adhäsionsverfahren (§§ 374 ff. und 403 ff. StPO)¹⁹³.

Es läßt sich daher sagen, daß die Rechtsähnlichkeit zwischen dem über eine Angelegenheit der fG und dem über eine solche des Zivilprozesses geschlossenen Vergleich gegeben ist, ferner, daß gegen die Übernahme einer Vorschrift der ZPO auf das Verfahren der fG im Falle echter Rechtsähnlichkeit auch keine grundsätzlichen Bedenken bestehen.

dd) Damit ist jedoch die Zulässigkeit der gesetzesanalogen Anwendung des § 794 Abs. 1 Z. 1 ZPO noch nicht endgültig festgestellt. Es bleibt noch die Frage offen, ob nicht vielleicht aus den mehreren besonderen Angelegenheiten, die der fG in neuerer Zeit zugewiesen worden sind und in deren gesetzlicher Spezialregelung die Möglichkeit des Abschlusses vollstreckbarer Vergleiche ausdrücklich vorgesehen ist, ein *Umkehrschluß* gezogen werden kann und muß.

Es handelt sich hierbei um die 6. DVO zum EheGes., die Rückerstattungsgesetze, das Wohnungseigentumsgesetz, das Vertragshilfegesetz und das Gesetz über das Verfahren in Landwirtschaftssachen^{193a}. Alle diese Sondervorschriften ordnen die Vollstreckbarkeit von Vergleichen durch Verweisung auf die ZPO an, wobei entweder die Anwendung der Vorschriften der ZPO ausdrücklich als eine entsprechende („singemäße“) bezeichnet wird, wie in § 14 des Vertragshilfegesetzes, oder diese Vorschriften einfach, wie in den übrigen Fällen, ohne einen solchen Hinweis für anwendbar erklärt werden, was nach

192) Insofern beruht die stark im Vordringen begriffene Lehre von einer gewissen prozessualen Sonderbehandlung der „echten Streitverfahren“ der fG in Richtung auf eine Heranziehung einiger Vorschriften der Zivilprozeßordnung auf einem richtigen Grundgedanken. Bedenklich ist nur, daß vorweg mit mehr oder minder unscharfen Kriterien zahlreiche Angelegenheiten der fG unter einen Oberbegriff (echte Streitverfahren) gebracht und dann en bloc verschiedenen Zivilprozeßnormen unterstellt werden. Dabei bleibt oft unberücksichtigt, daß die üblicherweise als echte Streitverfahren zusammengefaßten Fälle unter sich doch recht verschieden sind, und es wird nicht ausreichend geprüft, ob auch im konkreten Einzelfall die Rechtsähnlichkeit gegeben ist.

193) Stein-Jonas-Schönke, § 794 Anm. II 2; Rosenberg, Lehrbuch, § 128 I 2 a mit Rechtsprechungshinweisen.

193a) Wegen der einzelnen Vorschriften dieser Gesetze s. N. 3.

Lage des Falles jedoch ebenfalls nur als eine analoge Anwendung angesehen werden kann.

Ein Umkehrschluß aus diesen Vorschriften im Sinne einer Nichtvollstreckbarkeit aller übrigen Vergleiche der fG kann jedoch bereits deshalb nicht zwingend sein, weil diese Sondergesetze erst lange Zeit nach dem FGG geschaffen worden sind. Das älteste dieser Sondergesetze ist die 6. DVO zum EheGes. aus dem Jahre 1944. Wenn ein Umkehrschluß in Frage kommen soll, dann muß das in Rede stehende Gesetzesmaterial eine gewisse innere Einheit bilden. Das Gesetzesmaterial für die Frage des Umkehrschlusses sind im vorliegenden Falle das FGG und die genannten Sondergesetze. Nur dann, wenn dieses Material eine gewisse innere Einheit bilden würde, könnte es gerechtfertigt sein, aus der ausdrücklichen Erwähnung der Vergleichsvollstreckbarkeit in den Sondergesetzen *e contrario* zu schließen, das *Schweigen* des FGG sei als Ausdruck des gesetzgeberischen Willens zu werten, daß alle übrigen Vergleiche, die in irgendwelchen anderen Verfahren der fG geschlossen werden, *nicht* vollstreckbar sein sollen.

Für das FGG einerseits und die in Rede stehenden Sondergesetze andererseits fehlt es jedoch schon zufolge des großen zeitlichen Zwischenraumes von 50 und mehr Jahren an dem nötigen Zusammenhang. Allerdings ist es auch schon früher gelegentlich sondergesetzlich eine Vollstreckbarkeit von Vergleichen der fG normiert worden. Vor allem ist hier an § 75 des Aufwertungsgesetzes vom 16. 7. 1925 (RGBl. I S. 117) und an § 25 des Gesetzes über die Fälligkeit und Verzinsung von Aufwertungshypotheken (Fälligkeitsgesetz) vom 18. 7. 1930 (RGBl. I S. 300) zu erinnern. Aber auch für diese Gesetze ist der zeitliche Abstand von dem FGG schon zu groß, als daß sie noch Rückschlüsse auf den Willen des Gesetzgebers des FGG erlaubten. Abgesehen davon war es in der Rechtsprechung und in der Literatur zum Aufwertungsrecht umstritten, ob die Aufwertungsstellen, wenn sie auch nach § 73 des Aufwertungsgesetzes im Verfahren der fG zu entscheiden hatten, überhaupt als „Gerichte“ anzusprechen waren¹⁹⁴, so daß es schon deshalb auf jeden Fall zweckmäßig war, ausdrücklich anzuordnen, daß vor den Aufwertungsstellen geschlossene Vergleiche nach den Vorschriften der ZPO vollstreckbar seien.

Das Schweigen des FGG über die Vollstreckbarkeit von Vergleichen kann daher, auch unter Berücksichtigung der neueren Sondergesetze, nicht dahin verstanden werden, daß der Gesetzgeber des FGG bewußt eine Vollstreckbarkeit von Vergleichen habe ausschließen wollen. Er hat vielmehr — das ergibt das Schweigen der Materialien zum FGG über diesen Punkt sowie das Fehlen einschlägiger Literatur aus der damaligen Zeit — an die Frage, ob es zweckmäßig sei, einem Vergleich der fG eine Vollstreckbarkeitswirkung beizulegen, überhaupt nicht gedacht und sie erst recht nicht beantwortet.

ee) Bei dieser Sachlage würde eine *Rechtsanalogie* aus den erwähnten Sondervorschriften näher liegen.

Aber auch diese Rechtsanalogie ist zweifelhaft, und zwar deshalb, weil der Gesetzgeber in diesen Sonderfällen bei der Anordnung der Vergleichsvollstreckbarkeit vielleicht doch weniger einem allgemeinen Gedanken Ausdruck verleihen wollte, als sich in erster Linie von der Vorstellung einer „besonderen Zivilprozeßähnlichkeit“ gerade dieser der fG neu zugewiesenen Verfahrensarten leiten ließ.

Diese Überlegung steht nicht im Widerspruch dazu, daß wir oben einen Umkehrschluß aus diesen Sondervorschriften abgelehnt haben. Es besteht, wenn mehrere Sondervorschriften eine bestimmte Frage in einer Reihe von Einzelfällen regeln, keineswegs nur die alternative Möglichkeit, entweder einen

¹⁹⁴) Vgl. RG JW 1928, 707 mit Anmerkung von Lemberg; BayObLG JW 1926, 2379; Mügel, Das gesamte Aufwertungsrecht, § 75 Anm. Abs. 3.

Rechtsanalogieschluß oder einen Umkehrschluß zu ziehen. Man kann durchaus beide Schlüsse ablehnen und die bestehende Gesetzeslücke aus *anderen* Erwägungen heraus — hier: im Wege einer Gesetzesanalogie des § 794 Abs. 1 Z. 1 ZPO — schließen, wenn auch das Ergebnis dann der abgelehnten Rechtsanalogie entweder nahekommt oder sogar ganz entspricht. Entscheidend für die Verneinung eines Umkehrschlusses ist außerdem im vorliegenden Falle, daß die Fragestellung nicht einfach nur auf den Willen des Gesetzgebers der neueren Sondergesetze abstellen darf. Sie muß vielmehr dahin lauten, ob die ausdrückliche Anordnung der Vergleichsvollstreckbarkeit in diesen neueren Sondergesetzen den Schluß zuläßt und fordert, daß der Gesetzgeber des *FGG* durch sein *Schweigen* eine Unzulässigkeit der Vergleichsvollstreckung zum Ausdruck habe bringen wollen. Dieser Schluß ist aber nicht gerechtfertigt.

ff) Wollte man die Möglichkeit einer rechtsanalogen Anwendung der Sondervorschriften dennoch bejahen, so stünde damit aber noch nicht fest, ob diese Rechtsanalogie die aus einer *gesetzesanalogen* Anwendung des § 794 Abs. 1 Z. 1 ZPO hergeleitete Vollstreckbarkeit aller Vergleiche der fG, die den Voraussetzungen eines Verfahrensvergleichs genügen, wirklich in vollem Umfang oder nur teilweise bestätigt.

Es fällt nämlich auf, daß die Sondervorschriften sämtlich auch für die Vollstreckung von *Entscheidungen* auf die ZPO verweisen. Damit aber müßte sich die Frage aufdrängen, ob man nicht mit Schönke (vgl. o. S. 63) die Vollstreckbarkeit nur bei gewissen Vergleichen des Verfahrens der fG zulassen darf, bei denjenigen nämlich, die in solchen Angelegenheiten der fG ergehen, für deren Entscheidungen das Gesetz eine Vollstreckung nach der ZPO vorsieht.

Diese Frage muß im übrigen aber auch ganz unabhängig von dem Problem, ob die neueren Sondervorschriften rechtsanalog angewendet werden können, erörtert werden. Für die Auffassung Schönkes sprechen nämlich zunächst auch allgemeine Erwägungen.

(1) Vor allem befremdet es auf den ersten Blick etwas, daß anderenfalls, wenn man also die Einschränkung Schönkes nicht macht, in Angelegenheiten, in denen Entscheidungen im Verfahren der fG vollstreckt hätten werden müssen, nun auf einmal durch den Vergleichsschluß ein ganz anderer Vollstreckungsweg eröffnet wird.

Ferner wird in der Prozeßliteratur vielfach der Grundsatz aufgestellt, ein Titel müsse mangels besonderer gesetzlicher Anordnung in demjenigen Verfahren vollstreckt werden, in dem er ergangen ist¹⁹⁵. Diesem Grundsatz widerspricht es fraglos, wenn ein im Verfahren der fG geschlossener Vergleich nach den Vorschriften der ZPO vollstreckt wird. Hat das Gesetz dagegen für die Vollstreckung einer Entscheidung auf die ZPO verwiesen, dann ist es nur konsequent, wenn auch Vergleiche, sofern man sie überhaupt als Vollstreckungstitel anerkennt, nach den Vorschriften der ZPO vollstreckt werden.

Eine Rechtsanalogie aus den Sondervorschriften könnte nun freilich für sich allein die Ansicht Schönkes nur dann bestätigen, wenn man praktisch mit ihr einen Umkehrschluß verbande: man müßte aus den Sondervorschriften den allgemeinen gesetzgeberischen Gedanken herauslesen, daß Vergleiche der fG vollstreckbar seien, aber nur in Angelegenheiten, in denen für die Vollstreckung der gerichtlichen Entscheidungen auf die ZPO verwiesen wird. Daß ein Umkehrschluß hinsichtlich der Frage der Vergleichsvollstreckung aus den Sondervorschriften nicht zwingend sein kann, hat sich bereits oben ergeben. Die dort angestellten Überlegungen verbieten einen Umkehrschluß, gleichgültig, ob er die Unzulässigkeit einer Vergleichsvollstreckung außerhalb der

195) Stein, Grenzen und Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung, S. 56; Stein-Jonas-Schönke, Vorbemerkung A 1 I vor § 704; Schönke, Zwangsvollstreckung, § 1 VI und § 10 V 1; Hans, DVBl 1951, 724 zu N. 25.

besonderen Verfahrensarten, in denen sie ausdrücklich normiert ist, allgemein dartin soll oder nur für diejenigen Angelegenheiten, in denen auch für die Vollstreckung von *Entscheidungen* nicht auf die ZPO verwiesen ist.

Nach alldem kann aus den Sondervorschriften der fG nichts für die Frage hergeleitet werden, ob eine Vergleichsvollstreckbarkeit auf diejenigen Angelegenheiten beschränkt werden muß, in denen durch das Gesetz wenigstens für die Vollstreckung von Entscheidungen auf die ZPO verwiesen worden ist. Man kann die Frage infolgedessen nur mit grundsätzlichen Überlegungen beantworten, von denen oben bereits zwei genannt wurden, die für eine derartige Einschränkung und damit also für die Ansicht Schönkes zu sprechen scheinen.

Wenn man sich vorweg einmal überlegt, in welchen Fällen eigentlich nach der einschränkenden Ansicht Schönkes vollstreckbare Vergleiche der fG geschlossen werden könnten, dann erkennt man, daß es nur sehr wenige sind.

Das FGG selbst sieht überhaupt keine Fälle vor, in denen Gerichtsentscheidungen nach den Vorschriften der ZPO vollstreckt werden. Die §§ 98, 99 und 158 des FGG können hier nicht angeführt werden¹⁹⁶, denn sowohl im Erbauseinandersetzungsverfahren als auch im Verfahren zur Feststellung der Dispache sind „Entscheidungen“ ja gar nicht möglich (vgl. S. 58f.). Die §§ 98, 99 und 158 FGG erklären demgemäß auch keine Entscheidungen, sondern *Vereinbarungen* der Beteiligten, allerdings erst nach Rechtskraft des gerichtlichen Bestätigungsbeschlusses, für vollstreckbar. Nach dem oben Gesagten stellen die in Rede stehenden Vereinbarungen keine „Verfahrensvergleiche“ dar. Es sind in diesen Verfahrensarten auch keine anderen Verfahrensvergleiche möglich. Das Erbauseinandersetzungsverfahren und das Verfahren zur Feststellung der Dispache können daher keine Anwendungsfälle der Ansicht Schönkes bilden.

Praktisch werden könnte die Ansicht Schönkes vor allem in den Vorschriften des Aktienrechts, die eine Festsetzung der Vergütung von Prüfern oder besonderen Vertretern durch das Registergericht vorsehen (§§ 27 Abs. 2, 45 Abs. 3, 136 Abs. 5, 244 Abs. 4 AktGes.).

Vor Erlass des Bundesgesetzes über das gerichtliche Verfahren in Landwirtschaftssachen gehörte hierher auch die länderrechtliche Regelung in den Durchführungsbestimmungen zum KRG Nr. 45 von Bayern, Bremen und Hessen (vgl. o. N. 166). Diese Bestimmungen verwiesen für die Vollstreckung von Entscheidungen auf die ZPO, während sie für die Vollstreckung von Vergleichen nichts sagten. Die Entscheidung des OLG München vom 13. 11 1952 bezog sich auf das bayerische Recht und Schönke, der seine Ausführungen in einer Anmerkung zu dieser Entscheidung machte, bejahte im konkreten Falle daher auch von seinem Standpunkt aus die Vollstreckbarkeit. Heute sind Vergleiche in Landwirtschaftssachen unproblematisch, da das neue Gesetz ihre Vollstreckbarkeit (nach ZPO-Vorschriften) ausdrücklich anordnet.

Im ganzen läßt sich infolgedessen sagen, daß es nur sehr vereinzelte Fälle gibt, in denen bei Zugrundelegung der engen Auffassung Schönkes eine Vollstreckbarkeit von Vergleichen über die ausdrücklich geregelten Sonderfälle hinaus angenommen werden könnte.

Es fragt sich nun, ob diese Auffassung überhaupt richtig ist. Wenn Schönke es auch nicht deutlich ausspricht, so hat er offenbar doch vor allem den erwähnten, in der Literatur vielfach vertretenen „Grundsatz“ im Auge, daß ein Titel in demjenigen Verfahren vollstreckt werden muß, in dem er ergangen ist, es sei denn, das Gesetz schreibe ein anderes Vollstreckungsverfahren ausdrücklich vor. Schönke selbst vertritt in seinem Lehrbuch der Zwangsvollstreckung diesen Grundsatz (vgl. o. N. 195), und es ist nur folgerichtig, wenn er die

196) Unrichtig daher Müller, JZ 1954, 19 zu N. 36.

Vollstreckung eines im Verfahren der fG geschlossenen Vergleichs nach den Vorschriften der ZPO allein dort für gerechtfertigt hält, wo das Gesetz wenigstens für die Vollstreckung von *Entscheidungen* auf die ZPO verweist.

(2) Sicher ist, daß im allgemeinen ein Vollstreckungstitel in der Tat in demjenigen Verfahren zu vollstrecken sein wird, in dem er ergangen ist. Dieser Grundsatz erleidet aber in der Rechtsordnung mehrfach Ausnahmen, und zwar auch in Fällen, in denen diese Ausnahmen nicht ausdrücklich gesetzlich angeordnet sind. Das zeigt ein Blick auf den *verwaltungsgerichtlichen* Vergleich. Hierbei kann sowohl die Regelung in der amerikanischen Zone als auch die Regelung der MRVO Nr. 165 (britische Zone) als auch schließlich die Regelung des Bundesverwaltungsgerichtsgesetzes herangezogen werden. Ohne daß auf die Problematik der Vollstreckung des verwaltungsgerichtlichen Vergleichs, die in Rechtsprechung und Literatur noch keineswegs im einzelnen geklärt worden ist, in allen Teilen eingegangen werden müßte, läßt sich doch erkennen, daß eine Vergleichsvollstreckung nach den Vorschriften der ZPO zum mindesten teilweise unvermeidlich ist, auch dort, wo *Entscheidungen* im *Verwaltungs-*zwangsverfahren vollzogen werden müßten.

(a) In den Verwaltungsgerichtsgesetzen der Länder der *amerikanischen* Zone ist der Vergleich nur für sogenannte „Parteistreitigkeiten“ erwähnt (§ 99 VGG). Die Streitfrage, ob auch in Anfechtungssachen Vergleichsverfahren geschlossen werden können¹⁹⁷, kann dahinstehen; denn gerade der Vergleich in Parteistreitigkeiten ist für die in Rede stehende Frage wesentlich, da nur in dieser Verfahrensart praktisch eine Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Frage kommt und somit eine Gegenüberstellung der Vollstreckung von Entscheidungen einerseits und Vergleichsverfahren andererseits möglich ist. Diese Vollstreckung richtet sich nach den landesrechtlichen Bestimmungen, soweit solche vorhanden sind. Die Verwaltungsgerichtsgesetze selbst sagen nichts über die Vollstreckung. Von den Ausführungsgesetzen enthalten nur diejenigen von Bayerns und Bremens einschlägige Vorschriften für die Vollstreckung von Entscheidungen und Vergleichen¹⁹⁸. Das ehemalige Württemberg-Baden kannte lediglich eine Vorschrift über die Vollstreckung von *Entscheidungen*¹⁹⁹. Hessen hat *weder* für die Vollstreckung von Entscheidungen noch von Vergleichen ausdrückliche Vorschriften, von gewissen Ausnahmen abgesehen²⁰⁰.

Da die Vorschriften Bayerns und Bremens die Vollstreckung von Entscheidungen und Vergleichen ausdrücklich regeln und gleichschalten, interessieren sie in dem vorliegenden Zusammenhang nicht. Auch die Rechtslage in Hessen kann außer Betracht bleiben, da wegen des Fehlens von Vollstreckungsvorschriften sowohl für Entscheidungen als auch für Vergleiche unter Heranziehung des § 34 VGG auf die ZPO zurückgegriffen werden muß²⁰¹, so daß auch hier sich zwangsläufig eine Gleichschaltung ergibt. Bemerkenswert ist aber die Rechtslage im Gebiet des ehemaligen Württemberg-Baden. Da hier lediglich Vorschriften über die Vollstreckung von Entscheidungen vorhanden sind, konnte man die *Vergleichsvollstreckung* wiederum nur durch Anwendung des § 794 Abs. 1 Z. 1 ZPO begründen²⁰²; sie stellte also ein *zivilprozessuales* Vollstreckungsverfahren dar. Dies ist deshalb von besonderer Bedeutung, weil die *Entscheidungsvollstreckung* von der erwähnten Vorschrift in das Verwaltungs-

197) Bejahend — wohl mit Recht — Eyermann-Fröhler, § 99 Anm. I 2; Hans, DVBl. 1951, 721 N. 1. Verneinend: van Husen, § 99 Anm. 1.

198) Bayern: Art. 10 und 11 der AVO Nr. 85 v. 27. 9. 1946, GVBl. S. 291, in der Fassung der 2. AVO v. 30. 9. 1949, GVBl. S. 260.
Bremen: Art. 7 und 8. der 3. AVO v. 25. 11. 1947, GBl. S. 297.

199) Nr. 12 der 2. VO des Staatsministeriums zur Ausführung des VGG (RegBl. S. 2).

200) Vgl. Eyermann-Fröhler, Komm. z. VGG, § 84 Anh. 3 c aa.

201) Vgl. Eyermann-Fröhler, aaO; Hess. VGH NJW 1953, 1038.

202) Vgl. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, § 28 S. 453.

zwangsverfahren verwiesen wurde. Damit erweist sich nicht nur der Grundsatz, daß Titel stets in dem Verfahren vollstreckt werden müssen, in dem sie ergangen sind, für diesen Fall als unzutreffend, sondern man erkennt gleichzeitig, daß die zivilprozessuale Vergleichsvollstreckung gegeben sein kann, ohne daß die *Entscheidungen* des Gerichts, vor dem der Vergleich geschlossen wurde, ebenfalls nach der ZPO vollstreckt werden.

(b) In der *britischen* Besatzungszone nennt § 108 MRVO Nr. 165, der für die Zwangsvollstreckung auf die Vorschriften verweist, die bisher für die Vollstreckung aus Entscheidungen der Verwaltungsgerichte galten, ausdrücklich auch den Vergleich als Vollstreckungstitel. Auch die Vollstreckung des Prozeßvergleichs soll daher in der britischen Zone nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift nach den bisher für die Zwangsvollstreckung von *Entscheidungen* der Verwaltungsgerichte geltenden Vorschriften vor sich gehen. Damit ist auf landesrechtliche Bestimmungen verwiesen worden, die ganz überwiegend ein Verwaltungszwangsverfahren normieren²⁰³. Diese Bestimmungen sehen jedoch fast ausschließlich nur eine Vollstreckung *öffentlichrechtlicher* Pflichten vor²⁰⁴. Es wurde aber oben ausgeführt, daß der Inhalt eines Prozeßvergleichs sich keineswegs in den Zuständigkeitsgrenzen des Gerichts, vor dem er geschlossen wird, zu halten braucht, ja daß nicht einmal das Erfordernis der Zulässigkeit des Rechtsweges für die einzelnen Vergleichsbestandteile besteht. Der Prozeßvergleich muß nur den Verfahrensgegenstand ganz oder teilweise erfassen. Daneben können dann in einem Vergleich vor dem Verwaltungsgericht ohne weiteres auch Vereinbarungen über privatrechtliche Gegenstände getroffen werden, die an und für sich in einem Verwaltungsstreitverfahren nicht hätten geltend gemacht werden und über die das Verwaltungsgericht in einer Entscheidung nicht hätte befinden können (vgl. S. 29 ff.). Damit stellt sich die Frage, ob eine Möglichkeit besteht, auch diese privatrechtlichen Bestandteile eines vor dem Verwaltungsgericht geschlossenen Vergleichs zu vollstrecken.

Da das Verwaltungsgerichtsgesetz der britischen Zone für die Vollstreckung der Entscheidungen das Verwaltungszwangsverfahren vorschreibt, dieses aber eine Durchsetzung privatrechtlicher Ansprüche nicht kennt, kann praktisch nur eine Anwendung des 8. Buches der ZPO helfen. Wenn es richtig wäre, daß die Vollstreckung mangels einer anders lautenden Gesetzesvorschrift stets in demjenigen Verfahren betrieben werden muß, in dem der Titel ergangen ist, und daß eine Ausnahme für die Vergleichsvollstreckung nur dort möglich ist, wo auch die Vollstreckung von *Entscheidungen* in einem anderen Vollstreckungsverfahren vorgenommen wird, dann könnten die privatrechtlichen Bestandteile der verwaltungsgerichtlichen Vergleiche in der britischen Zone überhaupt nicht vollstreckt werden.

Diese Problematik des verwaltungsgerichtlichen Vergleichs in der britischen Zone²⁰⁵ ist in der Literatur von Hans²⁰⁶ und Bettermann²⁰⁷ erkannt und erörtert worden. Beide kommen hierbei allerdings zu verschiedenen Ergebnissen.

203) Nachweise bei Klinger, Komm. zur MRVO Nr. 165, § 108 Anmerkung C. Anders ist es in Hamburg, wo die Vollstreckung sich nach dem 8. Buch der ZPO richtet (§§ 41 Abs. 1, 50 Abs. 1 Z. 1 des Hamb. Ges. über die Verwaltungsgerichtsbarkeit vom 2. 11. 1921).

204) Vgl. Bachof, DVBl. 1950, 557; Hans, DVBl. 1951, 724; OVG Münster NJW 1954, 896. Über seltene Ausnahmefälle, in denen auch die Vollstreckung privatrechtlicher Ansprüche im Verwaltungszwangsverfahren vorgesehen ist, s. Kasper, JW 1925, 1080 ff.

205) In der *amerikanischen* Zone kann ein solches Problem kaum auftauchen, da hier die Vergleichsvollstreckung überwiegend *im ganzen* nach der ZPO vorgenommen wird oder sich an diese doch mehr oder weniger eng anlehnt. Daher können auch die privatrechtlichen Vergleichsbestandteile in aller Regel ohne weiteres mit vollstreckt werden.

206) Der Vergleich vor dem Verwaltungsgericht, DVBl. 1951, S. 721 ff., insb. S. 724.

207) Die zivilprozessuale Zwangsvollstreckung aus verwaltungsgerichtlichen Vergleichen, NJW 1953, S. 1007 ff.

Die Ansicht von Hans bedeutet einen Kompromiß. Hans geht von dem zur Debatte stehenden Grundsatz aus, daß die Vollstreckung eines Titels sich nach demjenigen Verfahren zu richten habe, in dem er ergangen ist. Er erkennt aber nicht, daß das Verwaltungszwangsverfahren eine Vollstreckung privatrechtlicher Vergleichsbestandteile nicht ermöglicht. Um nun einerseits den erwähnten Grundsatz nicht zu verlassen, andererseits aber eine umfassende Vergleichsvollstreckung zu ermöglichen, meint Hans, die Vollstreckung müsse zwar durch die *Vollstreckungsorgane der Justizverwaltung*, jedoch nach den Vorschriften der ZPO erfolgen. Offenbar will Hans hierbei eine Vollstreckungsklausel, wie sie die §§ 724 und 725 ZPO vorsehen, nicht als erforderlich oder auch nur als zulässig ansehen, vielmehr hält er anscheinend auch für die Vollstreckung der privatrechtlichen Bestandteile eine Vollstreckungsverfügung des Vorsitzenden, wie sie das landesrechtliche Verwaltungszwangsverfahren üblicherweise, insbesondere in den ehemals preußischen Gebieten vorsieht, für erforderlich und ausreichend.

Sehr viel klarer und überzeugender ist die Ansicht Bettermanns. Mit Recht macht er gegenüber der Lösung von Hans geltend, daß sie praktisch die Anwendung des § 108 der MRVO Nr. 165 auf die privatrechtlichen Bestandteile des Vergleichs ebenso preisgebe wie den Grundsatz, daß die Vollstreckung eines Titels sich nach dem Verfahren zu richten habe, in dem er erwirkt worden ist. Einen solchen Grundsatz lehnt Bettermann überhaupt ab. Nach ihm ist für die Vollstreckung nicht die *Herkunft* des Titels entscheidend, ob er also im ordentlichen Rechtsweg oder in einem anderen Rechtsweg erwirkt worden ist, sondern die *Natur des zu vollstreckenden Anspruchs*: ob er im Zivilrechtsweg oder in einem anderen Rechtsweg zu verfolgen ist.

Richtig ist an der Ansicht Bettermanns zunächst der Gedanke, daß der § 108 der MRVO Nr. 165 auf die privatrechtlichen Bestandteile unanwendbar ist. Keinesfalls kann dieser Vorschrift die Bedeutung beigemessen werden, daß sie den Kreis der im Verwaltungszwangsverfahren zu vollstreckenden Pflichten über deren bisherigen und üblichen öffentlichrechtlichen Bereich hinaus auf privatrechtliche Ansprüche erweitern will²⁰⁸. Es gibt daher nur zwei Möglichkeiten: entweder man hält die privatrechtlichen Bestandteile des verwaltungsgerichtlichen Vergleichs überhaupt für nicht vollstreckbar, oder man hält sie für vollstreckbar, aber nicht im *Verwaltungszwangsverfahren*, sondern in einem anderen Vollstreckungsrechtsweg, wobei naturgemäß nur der *ordentliche Vollstreckungsrechtsweg* — durch eine Anwendung des § 794 Abs. 1 Z. 1 ZPO — in Frage kommt.

Bettermann hat sich für die zweite dieser Möglichkeiten entschieden. Hierin ist ihm zuzustimmen. Allerdings kann § 794 Abs. 1 Z. 1 ZPO nur entsprechend angewendet werden. Das scheint zunächst im Widerspruch zu den Ausführungen auf S. 66 zu stehen. Dort wurde für eine *unmittelbare* Anwendung des § 794 Abs. 1 Z. 1 ZPO gefordert, daß eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit im formellen Sinne vorliegen müsse. Der privatrechtliche Bestandteil eines verwaltungsgerichtlichen Vergleichs stellt nun fraglos eine solche dar, denn er hätte im ordentlichen Rechtsweg geltend gemacht werden müssen. Man wird jedoch, wenn § 794 Abs. 1 Z. 1 unmittelbar angewendet werden soll, fordern müssen, daß *derjenige Vergleichsbestandteil*, der den eigentlichen *Verfahrensgegenstand* regelt, eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit im formellen Sinne ist. Denn gerade dieser Bestandteil ist es ja, der die Voraussetzung dafür schafft, daß ein „Prozeß“vergleich im technischen Sinne angenommen werden kann, da der Prozeßvergleich den Verfahrensgegenstand erfassen muß. Der privatrechtliche Bestandteil des verwaltungsgerichtlichen Vergleichs kann für sich allein überhaupt kein Prozeßvergleich sein, auch wenn ihm eine Vollstreckbarkeit

208) Ebenso auch OVG Münster, NJW 1954, 896.

zugesprochen wird. Deshalb scheidet eine unmittelbare Anwendung des § 794 Abs. 1 Z. 1 ZPO aus. Eine entsprechende Anwendung ist jedoch als zulässig zu erachten. Die Rechtsähnlichkeit liegt darin, daß ein Vergleich, der bereits nach einer anderen Vorschrift (§ 108 MRVO 165) einen Vollstreckungstitel bildet, einen privatrechtlichen Bestandteil enthält. Der privatrechtliche Bestandteil des nach anderen Vorschriften als *Verfahrensvergleich* anerkannten Vergleichs ist dem zivilprozessualen Vergleich, der ja auch privatrechtliche Rechte und Pflichten regelt, rechtsähnlich. Es ist also eine etwas andere Rechtsähnlichkeit gegeben, als sie oben auf Seite 69 zwischen dem Vergleich der fG und dem zivilprozessualen Vergleich angenommen wurde. In der fG ist der *gesamte* Vergleich dem zivilprozessualen Vergleich rechtsähnlich, da er es in vollem Umfang mit privatrechtlichen Angelegenheiten zu tun hat, oder doch — falls der Vergleich öffentlichrechtliche Ansprüche mit einbezieht — wenigstens in dem entscheidenden Teil, der den Verfahrensgegenstand regelt.

Die Rechtsähnlichkeit, die im Falle des Vergleichs der fG einerseits und im Falle des privatrechtlichen Bestandteils eines verwaltungsgerichtlichen Vergleichs andererseits eine entsprechende Anwendung des § 794 Z. 1 ZPO rechtfertigt, ist also nur insofern die gleiche, als es sich in beiden Fällen um privatrechtliche Rechte und Pflichten handelt, die in dem Vergleich bzw. in dem Vergleichsbestandteil geregelt worden sind. Ein Unterschied liegt dagegen insofern vor, als im Falle des Vergleichs der fG sich die entsprechende Anwendung des § 794 Z. 1 ZPO ohne weiteres daraus rechtfertigt, daß sogar der entscheidende Vergleichsbestandteil, der den Verfahrensgegenstand regelt, privatrechtlichen Charakter trägt. Bei dem verwaltungsgerichtlichen Vergleich liegt dieses Merkmal der Rechtsähnlichkeit zwar nicht vor, doch tritt hier der Umstand an die Stelle, daß der Vergleich bereits nach anderer Vorschrift als „Prozeßvergleich“ anerkannt ist²⁰⁹, so daß die privatrechtliche Vereinbarung als Teil eines solchen demjenigen Vergleich rechtsähnlich an die Seite tritt, der in § 794 Z. 1 ZPO gemeint ist.

Es ist in verschiedener Hinsicht von Interesse, sich diesen Unterschied in der Begründung des Analogieschlusses im Falle des Vergleichs der fG einerseits und des verwaltungsgerichtlichen Vergleichs andererseits klar zu machen.

(aa) Da die analoge Anwendung des § 794 Z. 1 ZPO auf den privatrechtlichen Bestandteil des verwaltungsgerichtlichen Vergleichs nur deshalb möglich ist, weil der verwaltungsgerichtliche Vergleich als solcher — soweit er öffentlichrechtliche Gegenstände regelt — bereits als Vollstreckungstitel anerkannt ist (§ 108 MRVO Nr. 165), stellt sich selbstverständlich die Frage, weshalb oben auf den Vergleich der fG die entsprechende Anwendung des § 794 Z. 1 bejaht werden konnte, obwohl ihm eine gesetzliche Anerkennung als Vollstreckungstitel völlig fehlt. Diese Frage beantwortet sich ohne weiteres durch den genannten Unterschied in der Begründung des Analogieschlusses. Man braucht für den Vergleich der fG, um seine Rechtsähnlichkeit mit dem zivilprozessualen Vergleich annehmen zu können, keine Vorschrift, die seine Vollstreckbarkeit grundsätzlich anerkennt. Denn auch in seinem entscheidenden Kern ist er dem zivilprozessualen Vergleich rechtsähnlich, in demjenigen Bestandteil nämlich, der den eigentlichen Verfahrensgegenstand regelt, der also die eigentliche Voraussetzung dafür schafft, daß ein „Prozeßvergleich im technischen Sinne angenommen werden kann.

(bb) Die Vollstreckbarkeit des im verwaltungsgerichtlichen Verfahren geschlossenen Vergleichs ist eine Neuheit, die erst durch die Nachkriegsgesetze geschaffen wurde. Vorher waren Rechtsprechung und Lehre einmütig der Auf-

209) In der *amerikanischen* Zone fehlt in Hessen und dem ehemaligen Baden-Württemberg zwar selbst eine solche grundsätzliche Anerkennung des Vergleichs als Vollstreckungstitel, doch ist hier die entsprechende Anwendung des § 794 Z. 1 ZPO wegen § 34 VGG gerechtfertigt, der in der MRVO Nr. 165 keine Parallele hat.

fassung, daß Vergleiche, die im Verwaltungsstreitverfahren geschlossen wurden, keine Vollstreckungstitel bildeten²¹⁰. Wenn man nun den vor dem Verwaltungsgericht geschlossenen Vergleich wie den Vergleich der fG als ganzen Tatbestand dem im Zivilprozeß geschlossenen Vergleich als rechtsähnlich bezeichnen wollte, dann müßte man konsequenterweise sagen, daß diese frühere Meinung, die damals unbestritten war, unrichtig sei; man hätte dann nämlich infolge dieser Rechtsähnlichkeit auch schon früher die analoge Anwendung des § 794 Z. 1 ZPO auf verwaltungsgerichtliche Vergleiche zulassen müssen. Das wäre jedoch ein Fehlschluß. Der Kern des Vergleichs regelt den öffentlich-rechtlichen „Verfahrensgegenstand“ ganz oder teilweise. Dieser Vergleichsbestandteil ist dem zivilprozessualen Vergleich *nicht* rechtsähnlich, da dieser einen privatrechtlichen Verfahrensgegenstand regelt. Etwaige privatrechtliche Bestandteile des verwaltungsgerichtlichen Vergleichs reichen für sich allein nicht aus, um die Rechtsähnlichkeit zu dem zivilprozessualen Vergleich zu begründen. Diese Bestandteile tragen nämlich nicht die Voraussetzungen in sich, die — ergänzt durch die den Prozeßvergleich kennzeichnenden prozessualen *Wirkungen* — einen Prozeßvergleich im technischen Sinne entstehen lassen.

Zusammenfassend ist also Bettermann zuzustimmen, der auch die privatrechtlichen Bestandteile des verwaltungsgerichtlichen Vergleichs der britischen Zone für vollstreckbar hält, und zwar in Anwendung des § 794 Abs. 1 Z. 1 ZPO, wobei lediglich auf zweierlei hinzuweisen ist, was in dem Aufsatz Bettermanns nicht zum Ausdruck kommt:

Es kann sich erstens hierbei nur um eine *entsprechende* Anwendung des § 794 Z. 1 handeln.

Rechtsähnlich ist dabei dem zivilprozessualen Vergleich zweitens nicht der verwaltungsgerichtliche Vergleich im ganzen, sondern nur der privatrechtliche Bestandteil (in seiner Eigenschaft als Teil eines Prozeßvergleichs). Auf diesen privatrechtlichen Bestandteil erfolgt also die analoge Anwendung des § 794 Abs. 1 Z. 1 ZPO.

Es tritt allerdings die Frage auf, ob die MRVO Nr. 165 nicht dadurch, daß ihr eine dem § 34 der Verwaltungsgerichtsgesetze der amerikanischen Zone entsprechende Bestimmung fehlt, eine analoge Anwendung von Vorschriften der ZPO schlechthin verbieten wollte. Diesen Standpunkt hat das Bundesverwaltungsgericht in der Tat generell vertreten²¹¹. In solcher Ausschließlichkeit kann das jedoch nicht zutreffen. Wo wirklich eine echte und zwingende Rechtsähnlichkeit vorhanden ist, muß die analoge Anwendung einzelner Vorschriften möglich sein. Für die in Rede stehende analoge Anwendung des § 794 Abs. 1 Z. 1 ZPO tritt noch die Überlegung hinzu, daß nur durch sie die Anerkennung des Vergleichs als Vollstreckungstitel (§ 108 der MRVO Nr. 165) in vollem Umfang realisiert werden kann. Übrigens erklärt auch Rosenberg in der 6. Auflage seines Lehrbuches²¹² im Anschluß an Bettermann den § 794 Abs. 1 Z. 1 ZPO auf die privatrechtlichen Bestandteile verwaltungsgerichtlicher Vergleiche für anwendbar²¹³.

210) Forstthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, § 28 S. 453 N. 1; Schultzenstein, Preuß. Verwaltungsblatt, Bd. 24 S. 370 ff.; Preuß. OVG, Entsch. v. 20. 2. 1941, Reichsverwaltungsblatt, Bd. 62 S. 422 ff.; Hans DVB1. 1951 S. 722 zu N. 7.

211) Beschluß vom 13. 7. 1953, JZ 1953, 675 b.

212) § 128 I 2 b.

213) In diesem Zusammenhang ist auch auf den Beschluß des OVG Münster vom 23. 3. 1954 (NJW 1954, 896) hinzuweisen. Das OVG nimmt zwar nicht abschließend zu der Frage der Anwendbarkeit des § 794 Abs. 1 Z. 1 ZPO Stellung, aber es entscheidet sich doch wenigstens bereits insofern, als es ausspricht, die Vollstreckung eines bürgerlichrechtlichen Anspruchs habe nicht schon deshalb im Verwaltungszwangsverfahren zu erfolgen, weil der Anspruch in einem vor dem Verwaltungszwangsgeschlossenen Vergleich begründet oder geregelt worden sei. Die Frage der Anwendbarkeit des § 794 ZPO auf verwaltungsgerichtliche Vergleiche, so meint das OVG Münster abschließend, bedürfe „noch einer eingehenden Prüfung in der zivilgerichtlichen Rechtsprechung“.

(c) Die Regelung des *Bundesverwaltungsgerichtsgesetzes* entspricht hinsichtlich der Vergleichsvollstreckbarkeit dem in der britischen Zone geltenden Rechtszustand (§ 76 BVerwGG): grundsätzlich Vollstreckung in dem landesrechtlichen Verwaltungszwangsverfahren, doch müssen privatrechtliche Vergleichsbestandteile auch hier im zivilprozessualen Vollstreckungsverfahren vollzogen werden, wobei jedoch mit Rücksicht auf § 76 Abs. 1 S. 2 BVerwGG Erörterungen darüber, ob eine entsprechende Anwendung des § 794 Abs. 1 Z. 1 ZPO möglich ist, überflüssig sind.

Wie man aus der geschilderten Rechtslage beim verwaltungsgerichtlichen Vergleich erkennt, muß der Satz, daß Vergleiche und andere Titel in dem Verfahren zu vollstrecken seien, aus dem sie stammen, dort zurücktreten, wo die konkrete rechtliche Situation eine Vollstreckung in diesem Verfahren nicht zuläßt. Es ist auch kein zwingender Grund ersichtlich, warum jener Grundsatz, der als solcher sicher richtig ist²¹⁴, nicht bei entsprechendem sachlichem Bedürfnis auch dort eine Durchbrechung erfahren können soll, wo diese nicht ausdrücklich gesetzlich vorgesehen ist. Voraussetzung ist natürlich, daß die Rechtsordnung, insbesondere durch Analogieschlüsse, eine Vollstreckung in einem anderen Verfahren zuläßt.

Auch der Satz Schönkes, daß eine Vergleichsvollstreckung nach der ZPO nur dort gerechtfertigt sei, wo auch Entscheidungen der betreffenden Angelegenheit nach derselben vollstreckt werden müssen, der mit dem vorgenannten Grundsatz eng zusammenhängt, wird durch die geschilderte rechtliche Situation beim verwaltungsgerichtlichen Vergleich widerlegt²¹⁵. Im übrigen kann auch für diesen von Schönke vertretenen Satz, ebenso wie für den vorerwähnten allgemeinen Grundsatz, kein wirklich zwingender innerer Grund anerkannt werden. Wenn die konkrete rechtliche Situation es verbietet, Vergleiche in demselben Vollstreckungsverfahren zu vollziehen, in dem die gerichtlichen Entscheidungen vollzogen werden, dann ist die Vollstreckung in einem anderen Verfahren durchaus einleuchtend, sofern dieses andere Verfahren sich durch Analogieschlüsse auf Grund gegebener Rechtsähnlichkeit eröffnen läßt.

d) Die gerichtlichen Handlungen und Entscheidungen im Vollstreckungsverfahren

Da die Vergleiche der fG Vollstreckungstitel nach § 794 Abs. 1 Z. 1 ZPO sind — genauer gesagt: in *entsprechender* Anwendung dieser Vorschrift —, muß man auch die einzelnen Verfahrensvorschriften des 8. Buches der ZPO für anwendbar halten (§ 795 ZPO). Hierbei wird allerdings für verschiedene Vorschriften problematisch, *welches* Gericht eigentlich die betreffenden gerichtlichen Funktionen wahrzunehmen hat.

214) Es ist nicht notwendig und auch nicht richtig, daß Bettermann den Grundsatz, daß die Vollstreckung eines Titels sich nach dem Verfahren zu richten habe, in dem er erwirkt worden ist, durch den anderen Grundsatz ersetzen will, daß für die Vollstreckung die Natur des Anspruchs entscheidend sei. Regelmäßig ist für die Vollstreckung tatsächlich entscheidend, wo der Titel erwirkt worden ist. Nur gibt es hiervon Ausnahmen.

215) Daß es berechtigt ist, für die Prüfung der Richtigkeit dieser These Schönkes auf die Rechtslage beim verwaltungsgerichtlichen Vergleich einzugehen, und daß nicht irgendwelche grundsätzlichen Unterschiede der beiden Vergleiche einer solchen Gegenüberstellung entgegenstehen, ergibt sich übrigens aus den Ausführungen von Schönke selbst, der aaO (JZ 1953 S. 342 Z. 3) erwähnt, daß die gleichen Grundsätze wie für den Vergleich vor den Gerichten der fG für den Vergleich vor Verwaltungsgerichten gelten müßten. Zur näheren Erläuterung fährt Schönke dann fort: „Erfolgt die Vollstreckung aus einer verwaltungsgerichtlichen Entscheidung (Bem.: infolge eines offensichtlichen Versehens heißt es aaO aus einem verwaltungsgerichtlichen Vergleich) nicht nach den Vorschriften der ZPO, sondern nach den landesgesetzlichen Bestimmungen des Verwaltungszwangsverfahrens, dann ist der § 794 Z. 1 bei Fehlen einer ausdrücklichen Vorschrift unanwendbar“. Nach den vorstehenden Ausführungen ist die einschränkende Ansicht Schönkes für den Vergleich der fG und für den verwaltungsgerichtlichen Vergleich in gleicher Weise unrichtig.

aa) Das gilt vor allem für die „Vollstreckungsgegenklage“. Sie ist auch gegenüber Verfahrensvergleichen der fG zulässig. Zwar ist in einer Entscheidung des LG München-Gladbach²¹⁶ aus Anlaß eines Verfahrens nach der 6. DVO zum EheGes. der Standpunkt vertreten worden, gegen Titel, die im Verfahren der fG erwirkt worden seien, könne eine Vollstreckungsgegenklage nicht zulässig sein, auch wenn die Vollstreckung sich nach der ZPO richte; die Vollstreckungsgegenklage setze nämlich einen im Zivilprozeß festgestellten Anspruch voraus. Diese Auffassung wird jedoch von der ganz herrschenden Meinung mit Recht abgelehnt²¹⁷. Die entsprechende Anwendung der Vollstreckungsvorschriften der ZPO, wie sie in den neueren Verfahrensarten der fG allgemein für Entscheidungen und Verfahrensvergleiche vorgeschrieben ist und wie sie nach den obigen Ausführungen auch für alle übrigen Vergleiche der fG, die den Voraussetzungen von Verfahrensvergleichen genügen, am Platz ist, führt konsequenterweise auch zur Anwendung des § 767 ZPO.

Wer ist nun aber für die Vollstreckungsgegenklage gegen einen Vergleich der fG zuständig? Nach § 767 Abs. 1 ZPO entscheidet über die Vollstreckungsgegenklage das „Prozeßgericht des ersten Rechtszuges“.

Für die neueren Verfahrensarten der fG wird in der Literatur, soweit die Vollstreckungsgegenklage Erwähnung findet, als „Prozeßgericht des ersten Rechtszuges“ das Gericht der fG, das mit der Sache befaßt war, angesehen, also beispielsweise bei dem in einem landwirtschaftlichen Verfahren erwirkten Titel das Landwirtschaftsgericht²¹⁸.

Grundsätzlich ist diese Meinung durchaus richtig. Das Gericht der fG ist „Prozeßgericht“ im Sinne der Vollstreckungsvorschriften, denn vor ihm hat der Prozeß (das Verfahren) stattgefunden. Es wurde aber oben erkannt, daß der Verfahrensvergleich der freiwilligen Gerichtsbarkeit sich keineswegs in deren Zuständigkeitsgrenzen zu halten braucht. Man denke etwa an einen Vergleich, der in dem Verfahren nach § 2227 BGB geschlossen wird und dem Testamentsvollstrecker, der sich zur Kündigung seines Amtes bereit findet, eine bestimmte Vergütung und einen bestimmten Auslagenersatz zuspricht. Wenn der Schuldner (der Erbe) gegen die Vollstreckung dieser beiden Ansprüche mit irgendwelchen materiellen Einwendungen Vollstreckungsgegenklage erheben will, wer hat dann über sie zu entscheiden?

Wollte man auch hier das Nachlaßgericht als „Prozeßgericht des ersten Rechtszuges“ entscheiden lassen, dann käme man zu dem unmöglichen Ergebnis, daß ein Gericht der fG im Rahmen einer Vollstreckungsgegenklage auf einmal über Ansprüche zu entscheiden hätte, für die es sachlich überhaupt nicht zuständig ist, die vielmehr, wenn sie nicht im Vergleich mit geregelt worden wären, vor dem Zivilgericht hätten geltend gemacht werden müssen.

Auch hier besteht wieder im Verwaltungsrecht eine ähnliche Problematik, wenn in einem verwaltungsgerichtlichen Vergleich zivilrechtliche Bestandteile enthalten sind. Wenn man im Falle einer Vollstreckungsgegenklage auch insoweit das Verwaltungsgericht als „Prozeßgericht des ersten Rechtszuges“ entscheiden ließe, dann würde auch hier die Grenze zwischen den verschiedenen Rechtswegen überschritten. Die Zulässigkeit des Verwaltungsrechtsweges als Voraussetzung einer verwaltungsgerichtlichen Entscheidung würde im Rahmen der Vollstreckungsgegenklage fallen gelassen.

Für den verwaltungsgerichtlichen Vergleich hat Bettermann in seinem bereits erwähnten Aufsatz²¹⁹ diese Problematik erkannt. Er hilft sich mit einer

216) NJW 1949, 229.

217) OLG München, Bayer. JMBI. 1952, 9; Ferge, NJW 1949, 229; Keidel, Komm. z. FGG, § 33 Anm. 2 letzter Absatz; Wöhrmann-Herminghausen, Komm. z. LwVerfG, § 31 Anm. 5; Saage, Komm. z. Vertragshilfegesetz, § 16 Anm. 3 Abs. 4.

218) Wöhrmann-Herminghausen, Komm. z. LwVerfG, § 31 Anm. 5.

219) NJW 1953, 1007 ff.

entsprechenden Anwendung des § 406 b S. 2 StPO. Diese Vorschrift betrifft das sogenannte Adhäsionsverfahren des Strafprozesses. Die Entscheidungen, die in dem Adhäsionsverfahren über vermögensrechtliche Ansprüche ergehen, werden nach der ZPO vollstreckt (§ 406 b S. 1 StPO). „Prozeßgericht des ersten Rechtszuges“ ist an und für sich das Strafgericht. Der Gesetzgeber hat jedoch in dem Satz 2 des § 406 b StPO für die Vollstreckungsgegenklage dasjenige Zivilgericht für zuständig erklärt, in dessen Bezirk das Strafgericht des ersten Rechtszuges seinen Sitz hat. Man kann vielleicht von dieser Regelung der StPO sagen, sie sei nicht unbedingt erforderlich, da der Gesetzgeber durch die Anerkennung des Adhäsionsverfahrens selbst schon die Grenzen der verschiedenen Gerichtsbarkeiten verwischt habe und es daher denkbar sei, das Strafgericht auch über die Vollstreckungsgegenklage befinden zu lassen. Indessen ist die Regelung des § 406 b S. 2 StPO zum mindesten zweckmäßig.

Für den verwaltungsgerichtlichen Vergleich und ebenso für den Vergleich der fG ist eine Einschaltung des Zivilgerichts nicht nur zweckmäßig, sondern sogar unumgänglich, da kein Grund ersichtlich ist, aus dem man die Grenzen zwischen den verschiedenen Rechtswegen, soweit gerichtliche *Entscheidungen* in Rede stehen, einfach unbeachtet lassen könnte. Es muß daher Bettermann zugestimmt werden, wenn er über die Vollstreckungsgegenklage gegen den zivilprozessualen Bestandteil des verwaltungsgerichtlichen Vergleichs in entsprechender Anwendung des § 406 b S. 2 StPO dasjenige Zivilgericht entscheiden lassen möchte, in dessen Bezirk das Verwaltungsgericht, vor dem der Vergleich geschlossen wurde, seinen Sitz hat. Die gleiche Lösung ist auch für den Vergleich der fG richtig, der in diesem Punkt, wie ausgeführt wurde, eine dem verwaltungsgerichtlichen Vergleich parallele Problematik aufweist.

Andererseits wäre es aber ebenfalls unrichtig, wollte man in *vollem* Umfang für die Vollstreckungsgegenklage gegen einen Vergleich der fG das Zivilgericht für zuständig halten. Das würde die Schranken zwischen den verschiedenen Rechtswegen in umgekehrter Richtung durchbrechen. Gegenstände, die nach dem Gesetz im Verfahren der fG ausgetragen werden müssen, könnten dann im Rahmen einer Vollstreckungsgegenklage durch das Zivilgericht entschieden werden. Sofern mit einer Vollstreckungsgegenklage also Einwendungen gegen einen Anspruch geltend gemacht werden, der zur Zuständigkeit des Gerichtes der fG gehört, darf die „Klage“ auch nur vor dem Gericht der fG erhoben werden. Die entsprechende Anwendung des § 406 b S. 2 StPO auf den Vergleich der fG ist nur insoweit gerechtfertigt, als in dem Vergleich Ansprüche mitgeregelt worden sind, die an und für sich vor die Zivilgerichte gehört hätten. Nur insoweit besteht eine Rechtsähnlichkeit mit dem in § 406 b StPO geregelten Tatbestand, der ja ebenfalls Ansprüche meint, die normalerweise im Zivilprozeß geltend gemacht hätten werden müssen. Im übrigen, d. h. soweit Ansprüche in Rede stehen, die in das Verfahren der fG gehören, muß die Vollstreckungsgegenklage auch bei dem Gericht der fG erhoben werden.

Freilich ist eine „Klage“ im technischen Sinne bei einem Gericht der fG nicht möglich. Die „Vollstreckungsgegenklage“ ist hier vielmehr nur in der Form eines einfachen Antrags denkbar, über den dann durch Beschluß und nicht durch ein Urteil entschieden wird²²⁰. Beispielsweise müßte also der Komplementär, der sich in einem Verfahren nach § 166 Abs. 3 HGB vor dem Registergericht vergleichsweise zur Vorlage bestimmter Bücher verpflichtet hat und der nun Einwendungen gegen diesen im Vergleich geregelten Anspruch zu haben glaubt, bei dem Registergericht den Antrag stellen, die Vollstreckung aus dem Vergleich für unzulässig zu erklären.

²²⁰⁾ Vgl. Wöhrmann-Herminghausen, aaO.

Anhang:

Vollstreckungsgegenklage und Abänderungsantrag

Ein Kennzeichen der fG ist eine weitgehende Änderungsbefugnis des Gerichts gegenüber seinen Entscheidungen. Es fragt sich, ob und in welchem Umfang eine gerichtliche Abänderung auch gegenüber gerichtlichen *Vergleichen* der fG möglich ist und welche Konkurrenz gegebenenfalls zwischen Vollstreckungsgegenklage und Abänderungsantrag besteht.

(1) Gegenüber dem Vergleich des *Zivilprozesses* ist eine gerichtliche Änderungsentscheidung nur im Rahmen des § 323 Abs. 4 ZPO möglich, wobei jedoch nach allgemeiner Ansicht ein materiellrechtlicher Anspruch auf Abänderung des Vertrags vorausgesetzt wird²²¹. Das bedeutet, daß regelmäßig die Voraussetzungen der sogenannten *clausula rebus sic stantibus* erfüllt sein müssen, wenn ein Abänderungsverfahren nach § 323 Abs. 4 ZPO in Frage kommen soll²²².

(2) Fraglich ist nun, ob gegenüber dem Vergleich der fG eine *weitergehende* Änderungsbefugnis des Richters angenommen werden muß, ebenso wie gegenüber *Entscheidungen* eine weitergehende Änderungsbefugnis gegeben ist als gegenüber Urteilen des Zivilprozesses.

Wenn man von der Änderungsbefugnis des Richters der fG spricht, muß man sich zunächst einmal klar machen, daß es *zwei verschiedene* Fälle der Änderungsbefugnis gibt:

einmal die Änderungsbefugnis bei *gleichgebliebenem* Sachverhalt, zum anderen die Änderungsbefugnis bei *nachträglich geändertem* Sachverhalt.

Nur die erste Änderungsbefugnis ist in § 18 FGG geregelt. § 18 FGG erfaßt die Fälle, in denen das Gericht nachträglich zu einer anderen Rechtsauffassung gelangt oder zu einer anderen tatsächlichen Würdigung oder in denen ihm nachträglich Tatsachen bekannt werden, die schon z. Z. des Erlasses der Verfügung vorlagen, ihm aber unbekannt geblieben waren und die zu einer anderen tatsächlichen oder rechtlichen Beurteilung der Sache führen²²³.

Hat sich dagegen die Sachlage nachträglich verändert, dann wird eine Abänderbarkeit in der fG von der Literatur mit Recht schon daraus gefolgert, daß hier genau genommen ein neues, anderes Verfahren vorliege²²⁴. § 18 FGG ist hier weder notwendig noch überhaupt anwendbar, da er eben einen gleichgebliebenen Sachverhalt voraussetzt. Ein derartiges Änderungsverfahren bei geändertem Sachverhalt kommt jedoch nur in Frage, wenn die angegriffene Entscheidung Wirkungen hat, die sich auf einen längeren Zeitraum erstrecken, nicht dagegen auch dann, wenn sie sich in einer einmaligen Wirkung erschöpft hat.

(a) Bei der Frage, ob bei *gleichgebliebenem* Sachverhalt die gerichtliche Abänderung eines im Verfahren der fG geschlossenen Vergleichs möglich ist, muß man überlegen, ob § 18 FGG, der ja nur von der Änderung gerichtlicher *Verfügungen* spricht, entsprechend auf *Vergleiche* der fG angewendet werden kann.

221) RGZ 106, 234; 145, 307/308; JW 1936, 927; Rosenberg, Lehrbuch, § 128 IV; Baumbach-Lauterbach, § 323 Anm. 5 A.

222) Da die Abänderungsklage gegenüber einem Vergleich ein materielles Recht auf Vertragsänderung voraussetzt, ist der § 323 Abs. 4 ZPO im Grunde genommen eine überflüssige Vorschrift. Die Rechtslage wäre ohne ihn die gleiche, denn die Änderungsklage könnte beim Vorliegen der Voraussetzungen des Änderungsanspruches ohnehin erhoben werden. Vgl. RGZ 106, 234; RG JW 1936, 927; Stein-Jonas-Schönke, § 323 Anm. IV 1 zu N. 65.

223) Keidel, § 18 FGG Anm. 1 Abs. 1.

224) Vgl. Lent, StB, § 17 III; Keidel, § 18 FGG Anm. 1 Abs. 3; Gäbelein, Grenzen der Abänderbarkeit nach § 18 Abs. 1 FGG, S. 13, 46.

Wie oben bei der Frage der entsprechenden Anwendbarkeit des § 33 FGG, scheitert die Analogie auch hier an der fehlenden Rechtsähnlichkeit zwischen Entscheidung und Vergleich. Es kommt hier sogar noch hinzu, daß der Vergleich den Rechtsstoff einer Entscheidung gerade entziehen sollte und zufolge der Dispositionsbefugnis der Beteiligten auch wirksam entzogen hat. Vor allem ist die Doppelnatur des Vergleichs zu berücksichtigen. Der Vergleich ist nicht nur Prozeßrechtsgeschäft, sondern auch materielles Rechtsgeschäft und deshalb kommt, ebenso wie gegenüber dem zivilprozessualen Vergleich, eine gerichtliche Abänderungsentscheidung nur dort in Frage, wo nach materiellem Recht ein Änderungsanspruch gegeben ist. Das kann aber bei gleichgebliebenem Sachverhalt, wie ihn § 18 FGG voraussetzt, nicht der Fall sein. Bei gleichgebliebenem Sachverhalt ist daher eine gerichtliche Änderung des Vergleichs niemals möglich.

Die Ablehnung einer entsprechenden Anwendung des § 18 FGG auf Vergleiche der fG hat nichts mit der Frage zu tun, ob die in § 18 FGG normierte gerichtliche Entscheidung verzichtbar ist. Man wird eine solche Verzichtbarkeit ablehnen müssen, und zwar gleichgültig, ob ein Fall des ersten oder des zweiten Halbsatzes des § 18 Abs. 1 gegeben ist²²⁵. Hierzu steht die Abänderbarkeit eines Vergleichs der fG jedoch nicht im Widerspruch. Durch den Vergleich wird nicht auf die Abänderbarkeit einer gerichtlichen Entscheidung verzichtet, sondern auf die gerichtliche Entscheidung selbst. An ihre Stelle ist der Vergleich getreten, mit dessen Wesen und Zweck sich eine Anwendung des § 18 FGG nicht vereinbaren ließe. Sofern der Vergleich wirksam ist, darf auf Grund des gleichen Sachverhalts, der ihm zugrunde gelegen hat, keine gerichtliche Entscheidung mehr ergehen. Die Ablehnung einer entsprechenden Anwendung des § 18 FGG auf den Vergleich der fG entspricht also durchaus dem Wesen des Vergleichs, der den geregelten Rechtsstoff einer gerichtlichen Entscheidung gerade entziehen soll.

(b) Ob bei einem nachträglich geänderten Sachverhalt ein Änderungsverfahren gegenüber dem Vergleich möglich ist, hat mit der Frage der analogen Anwendbarkeit des § 18 FGG überhaupt nichts zu tun. Das Wesen des Vergleichs, das die Unanwendbarkeit des § 18 FGG auf ihn fordert, muß aber auch bei verändertem Sachverhalt ein gerichtliches Abänderungsverfahren grundsätzlich verbieten. Die Doppelnatur des Vergleichs hat wie erwähnt zur Folge, daß ein Abänderungsverfahren nur dort in Frage kommt, wo das materielle Recht einen Abänderungsanspruch gibt. Praktisch kann also auch der Vergleich der fG im Wege des Abänderungsverfahrens nur angegriffen werden, wenn die Geschäftsgrundlage weggefallen ist.

Um so auffälliger ist es, daß von den neuen Sondergesetzen, die einen Verfahrensvergleich ausdrücklich vorsehen, zwei für den Fall nachträglicher Änderungen des Sachverhalts ein ziemlich weitgehendes richterliches Abänderungsrecht gegenüber einem gerichtlichen Vergleich normieren. Es handelt sich hierbei um die 6. DVO zum EheGes. (§ 17 Abs. 2) und das Wohnungseigentumsgesetz (§ 45 Abs. 4). Beide Gesetze legen eine Abänderungsbefugnis unter gewissen Voraussetzungen fest, die ausdrücklich in gleicher Weise gegenüber Entscheidungen und Vergleichen gegeben sein soll. Die Voraussetzungen sind in beiden Gesetzen dahin umschrieben, daß sich die tatsächlichen Verhältnisse wesentlich geändert haben und eine Änderung der Entscheidung oder des Vergleichs als notwendig erscheint, um unbillige Härten zu vermeiden.

Man darf aus dem Ausdruck: „wesentlich geändert“ keineswegs schließen, daß der Gesetzgeber hier nur das habe sagen wollen, was für den zivilprozessualen Vergleich in dem § 323 Abs. 4 ZPO in Verbindung mit dem Abs. 1

²²⁵) Vgl. Gäbelein aaO, S. 109, 110.

dieser Vorschrift zum Ausdruck gekommen ist. § 323 ZPO erfaßt zunächst einmal nur bestimmte Arten von Leistungsansprüchen, während die in Rede stehenden beiden Sondervorschriften der fG keine Einschränkung hinsichtlich der Art des Anspruchs kennen. Außerdem setzt ja § 323 Abs. 4 ZPO noch einen materiellen Anspruch nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen auf Änderung voraus. In den Fällen der 6. DVO zum EheGes. und des Wohnungseigentumsgesetzes würde es aber dem klaren Willen des Gesetzgebers widersprechen, wollte man hier noch einen Wegfall der Geschäftsgrundlage verlangen und damit den Anwendungsbereich der Vorschriften gegenüber Vergleichen ganz erheblich einschränken. Man muß entweder sagen, daß § 17 Abs. 2 der 6. DVO zum EheGes. und § 45 Abs. 4 des Wohnungseigentumsgesetzes einen besonderen materiellen Änderungsanspruch geschaffen haben; das ist der Fall, wenn es sich nicht nur um reine Ermessensvorschriften, sondern um Mußvorschriften handelt. Oder man muß, wenn man dies ablehnt, in den beiden Vorschriften einfach positive Anordnungen des Gesetzgebers erblicken, durch die der Richter ohne Rücksicht auf einen materiellen Änderungsanspruch unter den gegebenen Voraussetzungen zu einer Vergleichsänderung berechtigt ist.

Es fragt sich auch hier wieder, ob eine Rechtsanalogie möglich ist, ob man also aus diesen beiden Sonderregelungen schließen kann und muß, daß eine derartig weitgehende richterliche Änderungsbefugnis *allen* Vergleichen der fG gegenüber gegeben ist. Bei der Frage, ob die *Vollstreckbarkeit*, die von den Sondergesetzen allen Vergleichen dieser besonderen Verfahrensarten beigelegt wird, rechtsanalog auf alle Vergleiche der fG übertragbar ist, wurde dies abgelehnt, weil nicht ausgeschlossen werden kann, daß der Gesetzgeber bei der Gewährung der Vollstreckbarkeit für die Vergleiche sich vor allem von dem Gedanken an eine besondere „Zivilprozeßähnlichkeit“ dieser jeweiligen Verfahren leiten ließ (s. o. S. 71). Bei der Regelung der *Abänderbarkeit* kann diese Überlegung *nicht* zutreffen. Als der Gesetzgeber die Abänderbarkeit in den beiden Sondergesetzen normierte, hatte er ganz bestimmt nicht die besondere „Zivilprozeßähnlichkeit“ im Auge, denn im Zivilprozeß gibt es *keine* derartig weitgehende richterliche Änderungsbefugnis gegenüber dem Vergleich. Im Gegenteil könnte man sagen, der Gesetzgeber habe sich in den §§ 17 Abs. 2 der 6. DVO zum EheGes. und 45 Abs. 4 des Wohnungseigentumsgesetzes gerade von dem Gedanken an besondere „Bedürfnisse der fG“ leiten lassen. Diese Möglichkeit liegt nahe, da ja die weitgehende Abänderungsbefugnis ein Charakteristikum der fG ist. Man könnte sich also auf den Standpunkt stellen, daß diese beiden Sondervorschriften spezifische Gedanken und Anliegen der fG verwirklichen wollen. Das aber würde eine Rechtsanalogie dieser Bestimmungen über die Abänderbarkeit von Vergleichen sehr viel näher legen als eine Rechtsanalogie der Vorschriften, die die Vollstreckbarkeit der Vergleiche als solche normieren.

Offensichtlich hat jedoch der Gesetzgeber mit dieser Sonderregelung das Wesen des Vergleichs verkannt. Richtig ist zwar, daß die weitgehende richterliche Änderungsbefugnis eine Eigenart der fG ist. Der Gesetzgeber hat aber gerichtliche Entscheidungen und Vergleiche in unzulässiger Weise miteinander gleichgestellt und den grundsätzlichen Unterschied dieser beiden Formen des Abschlusses eines Verfahrens nicht berücksichtigt. Der Vergleich ist zunächst einmal ein *materiellrechtliches* Rechtsgeschäft. Daß er in einem Verfahren der fG geschlossen worden ist, darf die Wirkungen, die ihm das materielle Recht zuschreibt, nicht beeinflussen. Das aber ordnen die beiden Sondervorschriften an. Hätten die Ehegatten nach der Ehescheidung beispielsweise über ihren Hausrat eine außergerichtliche Vereinbarung getroffen, dann könnte eine Änderung nur verlangt werden, wenn das materielle Recht auf sie einen Anspruch gibt, praktisch also dann, wenn die Geschäftsgrundlage aus irgend-

welchen Gründen in Wegfall kommt. Das kann nicht anders sein, wenn die Beteiligten ihre Vereinbarung in einem gerichtlichen Vergleich getroffen haben. Die in Rede stehenden beiden Sondervorschriften befinden sich im Widerspruch zur Dispositionsbefugnis der Beteiligten, die in den beiden Gesetzen durch die ausdrückliche Vergleichszulassung noch besonders klargestellt worden ist. Es ist unverständlich, weshalb ein Verfahrensvergleich, der zunächst einmal ein materiellrechtliches Rechtsgeschäft ist und durch die prozessualen Wirkungen noch eine Verstärkung und besondere Ausprägung erhalten soll, nun auf einmal sich als weniger beständig erweist, als es bei einem außergerichtlichen, also *nur* materiellrechtlichen Vergleich der Fall wäre.

Die beiden Sondervorschriften des § 17 Abs. 2 der 6. DVO zum EheGes. und des § 45 Abs. 4 des Wohnungseigentumsgesetzes sind daher sachwidrig. Sie beruhen auf einer Verkennung der Doppelnatur des Prozeßvergleichs, der nicht nur eine Verfahrenshandlung, sondern auch ein materielles Rechtsgeschäft ist und daher auch nur unter den Voraussetzungen des materiellen Rechts geändert werden kann. Sie übernehmen in unzulässiger Weise Gedanken, die vielleicht für gerichtliche Entscheidungen berechtigt sein mögen, für Vergleiche aber nicht zutreffen.

In dieser Situation erscheint eine Rechtsanalogie aus den beiden Sondervorschriften unangebracht²²⁶.

Eine Änderung des Vergleichs der fG ist daher, ebenso wie im Zivilprozeß, nur in dem Umfang möglich, in dem das materielle Recht die Änderung gestattet, also in den Anwendungsfällen der *clausula rebus sic stantibus* oder, wie man ebensogut sagen kann, in den Fällen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage.

Geltend zu machen wäre ein solcher Abänderungsanspruch bei dem Gericht, das für den in Rede stehenden Vergleichsgegenstand zuständig ist. Soweit der Vergleich einen Gegenstand der fG erfaßt, muß er vor dem Gericht der fG geltend gemacht werden, und zwar durch einfachen Abänderungsantrag. Soweit es sich dagegen um einen einbezogenen Gegenstand handelt, der an und für sich in den Zivilprozeß gehört hätte, muß eine Abänderungsklage vor dem zuständigen Gericht der streitigen Gerichtsbarkeit erhoben werden. Das ist hier weniger problematisch als bei der Vollstreckungsgegenklage, denn die Abänderungsklage ist auch nach § 323 Abs. 4 ZPO nicht bei dem „Prozeßgericht“, sondern nach den allgemeinen Zuständigkeitsregeln zu erheben²²⁷.

Da ein Änderungsverfahren gegenüber einem gerichtlichen Vergleich daher nur in seltenen Fällen in Frage kommt — von den beiden Vorschriften des Wohnungseigentumsgesetzes und der 6. DVO zum EheGes., die beide ein Änderungsverfahren gegenüber einem Verfahrensvergleich ausdrücklich in weitergehendem Umfang gestatten, abgesehen —, ist auch die Konkurrenzmöglichkeit zwischen einem derartigen Abänderungsverfahren und einer Vollstreckungsgegenklage²²⁸ entsprechend beschränkt. Immerhin ist eine Konkurrenzmöglichkeit in diesem beschränkten Umfang vorhanden, und zwar nicht nur für die Fälle des nachträglichen Wegfalls der Geschäftsgrundlage, sondern auch in denjenigen Fällen, in denen die Geschäftsgrundlage von vornherein fehlt. Es ist nämlich anerkannt, daß die Schranke des § 767 Abs. 2 ZPO, wonach nur spätere Ereignisse Grundlage einer Vollstreckungsgegenklage sein können, für Vergleiche nicht gilt²²⁸. § 767 Abs. 2 ZPO hat seinen Grund in

226) Verfehlt daher Saage, Kommentar zum Vertragshilfegesetz, § 17 Anm. V. Das Vertragshilfegesetz normiert zum Unterschied von der 6. DVO zum EheGes. und dem Wohnungseigentumsgesetz eine besondere Abänderungsbefugnis nur gegenüber *Entscheidungen*. Saage geht jedoch ohne weiteres davon aus, daß gegenüber gerichtlichen Vergleichen dasselbe gelten müsse.

227) Stein-Jonas-Schönke, § 323 Anm. V 1; Rosenberg, Lehrbuch, § 153 II 4 c.

228) OLG Köln, NJW 1951, 849 f.; BGH, NJW 1953, 345.

der Rechtskraftwirkung eines Urteils. Dem Vergleich kommt jedoch keine Rechtskraftwirkung zu.

Selbst von denjenigen Autoren, die grundsätzlich eine Konkurrenzmöglichkeit zwischen Vollstreckungsgegenklage und Abänderungsklage verneinen — dieses Konkurrenzproblem ist naturgemäß in allererster Linie in der zivilprozessualen Literatur erörtert worden —, wird daher eine Konkurrenzmöglichkeit für die beiden Klagen wenigstens gegenüber gerichtlichen Vergleichen zugegeben²²⁹.

Es läßt sich auch nicht sagen, daß eine dieser beiden Klage- bzw. Antragsformen insofern den Vorrang genieße, als bei Vorliegen ihrer Voraussetzungen das Rechtsschutzbedürfnis für die andere Klage- bzw. Antragsform fehle. Nur wenn eines der beiden Verfahren bereits anhängig ist, muß für die Einleitung des anderen das Rechtsschutzbedürfnis verneint werden²³⁰. Für die fG gilt nichts anderes. Es ist daher unrichtig, wenn Baumbach-Lauterbach²³¹ offenbar für den speziellen Fall einer Abänderungsmöglichkeit nach § 17 Abs. 2 der 6. DVO zum EheGes. ein Rechtsschutzbedürfnis für einen Vollstreckungsgegenantrag verneinen wollen.

bb) *Die sonstigen Entscheidungen im Vollstreckungsverfahren* sind weniger problematisch als die Vollstreckungsgegenklage. Soweit die Entscheidungen von dem „Prozeßgericht des ersten Rechtszuges“ zu fällen sind, ist immer in vollem Umfang das Gericht der fG zuständig. Beispiele hierfür sind die §§ 731, 732 und 768 ZPO. Hier handelt es sich um rein prozessuale Entscheidungen und nicht um Entscheidungen über den materiellen Anspruch. Nur wo letzteres der Fall ist, wie bei der Vollstreckungsgegenklage, kommt der Gedanke zum Durchbruch, daß nur der Vergleich sich über die Zuständigkeitsgrenzen hinwegsetzen kann, während gerichtliche Entscheidungen sich an diese Grenzen zu halten haben.

Für Erinnerungen gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung ist das „Amtsgericht als Vollstreckungsgericht“ zuständig (§ 766 in Verbindung mit § 764 ZPO). Zu entscheiden hat hier also nicht der Richter der fG, sondern der Vollstreckungsrichter.

Alle Zuständigkeiten des Gerichts der fG, die sich im Rahmen der Vollstreckung eines Verfahrensvergleichs aus dem 8. Buch der ZPO ergeben, sind übrigens keine rechtlichen Fremdkörper, die nur durch den Verfahrensvergleich der fG geschaffen werden. Vielmehr sind solche Zuständigkeiten für die besonderen Verfahrensarten der fG, in denen für die Vollstreckung ganz allgemein auf die Vollstreckungsvorschriften der ZPO verwiesen wird, ohnehin gegeben. Im FGG selbst sind derartige Zuständigkeiten im Rahmen der bereits früher erwähnten §§ 98 und 158 Abs. 2 vorhanden. Es handelt sich also nicht etwa um die Schaffung von Aufgaben, die dem Recht der fG bisher völlig unbekannt sind.

4. Die Kostenfestsetzung auf Grund des Vergleichs

Ein Kostenfestsetzungsverfahren in dem Sinne, daß ein Beteiligter gegen den anderen einen Titel über seine außergerichtlichen und gegebenenfalls auch die von ihm vorauslagen Gerichtskosten erwirken kann, findet in der fG in der Regel nicht statt. Unbekannt ist ein solches Kostenfestsetzungsverfahren der fG jedoch nicht. Es ist in den verschiedenen landesrechtlichen Sondervorschriften vorgesehen, und zwar unter der Voraussetzung, daß das Gericht — wozu in den meisten Ländern ein besonderer Antrag nötig ist — den einen Beteiligten „verurteilt“ hat, die einem anderen Beteiligten erwachsenen Kos-

229) Vgl. Rosenberg, Lehrbuch, § 128 IV letzter Absatz; OLG Köln, NJW 1951, 849 f. mit weiteren Literaturhinweisen.

230) OLG Köln aaO.

231) § 767 Anmerkung 1 C o.

ten zu tragen²³². Zuständig für die Kostenfestsetzung ist das erstinstanzliche Gericht der fG. Die Kostenfestsetzungsbeschlüsse sind durchweg als Vollstreckungstitel anerkannt²³³.

Da die Kostenfestsetzung in den landesrechtlichen Sondergesetzen jedoch nur auf der Grundlage *gerichtlicher Verfügungen*, die eine Kostentragung eines Beteiligten anordnen, vorgesehen ist, könnten Vergleiche unter diese landesrechtlichen Bestimmungen nur im Analogiewege gebracht werden. Eine solche Analogie verbietet sich aber aus dem gleichen Grunde wie die analoge Anwendung des § 33 FGG: es fehlt an der erforderlichen Rechtsähnlichkeit zwischen gerichtlicher Verfügung und Vergleich.

Bedenken dieser Art scheiden jedoch aus, wenn man § 103 ZPO entsprechend anwendet. Hier wird das Kostenfestsetzungsverfahren einfach an die Voraussetzung geknüpft, daß ein Vollstreckungstitel vorliegt. Damit umfaßt diese Vorschrift ohne weiteres vollstreckbare Entscheidungen und vollstreckbare Vergleiche. Die entsprechende Anwendung des § 103 ZPO ist letztlich nur eine notwendige Konsequenz aus der entsprechenden Anwendung des § 794 Abs. 1 Z. 1 ZPO auf den Vergleich der fG. Die Möglichkeit einer Kostenfestsetzung ist nach dem Recht der ZPO eine Folgewirkung der Vollstreckbarkeit (s. o. S. 56). Es ist daher richtig, mit der Bejahung der Vollstreckbarkeit eines Vergleichs der fG nach Analogie des § 794 Z. 1 auch eine Bejahung der Kostenfestsetzungsmöglichkeit zu verbinden, und zwar einschließlich der ebenfalls aus der ZPO (§ 794 Abs. 1 Z. 2) folgenden Vollstreckbarkeit dieser Beschlüsse. Für den speziellen Fall des landwirtschaftlichen Verfahrens ist die entsprechende Heranziehung des § 103 ZPO übrigens ausdrücklich gesetzlich vorgeschrieben²³⁴. Daß es sich bei der Anwendung des § 103 und des § 794 Abs. 1 Z. 2 ZPO wiederum nur um *Analogien* handelt, folgt aus dem gleichen Grund, wie er bei § 894 Abs. 1 Z. 1 erörtert wurde. Entscheidend ist § 3 EGZPO, der eine unmittelbare Anwendung von ZPO-Vorschriften auf den Vergleich der fG verbietet (s. o. S. 66).

Über den Festsetzungsantrag entscheidet das Gericht des ersten Rechtszuges, also das Gericht der fG. Wie erwähnt, ist die Kostenfestsetzungsfunktion für dieses Gericht nicht fremd, da sie ihm im Rahmen der landesgesetzlichen Regelungen bereits für die Fälle der gerichtlichen Begründung einer Kostentragungspflicht obliegt.

5. Die Beendigung des Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit durch den Vergleich

Nach der herrschenden Lehre, die dem im Verfahren der fG geschlossenen Vergleich lediglich materiellrechtliche Wirkung zuerkennt, kann naturgemäß der Vergleich als solcher keine Verfahrensbeendigung bewirken. Nur dann wird nach der herrschenden Lehre das Verfahren durch den Vergleich — oder besser: „mit“ dem Vergleich — beendet, wenn dieser eine Zurücknahme des Antrags enthält²³⁵. Einen selbständigen Beendigungstatbestand sieht diese Meinung daher in dem Vergleich nicht.

Aber auch Müller, der die Vollstreckbarkeit von Vergleichen der fG bejaht, hält eine Beendigungswirkung nicht in allen Fällen für gegeben. Lediglich in den Verfahren der Vertragshilfe, Ehewohnungs- und Hausratsauseinsetzung, Wohnungseigentums- sowie Umstellungs- und Landwirtschaftssachen

232) Vgl. Art. 9, 10 Preuß. FGG, Art. 6 Württ. AGBGB, Art. 22, 25 des früheren Hess. AGFGG, jetzt Art. 11 und 15 des Hess. FGG v. 12. 4. 1954 (Hess. GVBl. 1954 S. 59), Art. 20 Bad. LFGG (hier fehlt im Gegensatz zu den übrigen Ländern das spezielle Antragerfordernis). S. auch oben N. 188.

233) Vgl. Art. 14 Preuß. FGG, Art. 6 Württ. AGBGB, Art. 28 des früheren Hess. AGFGG und jetzt Art. 17 des Hess. FGG v. 12. 4. 1954, Art. 20 Bad. LFGG.

234) § 45 Abs. 2 LwVerfGes.; s. hierzu den Komm. von Pritsch Anm. IV.

235) Schlegelberger, § 12 Anm. 6 S. 168; Baur § 21 III 3 S. 220.

— also in denjenigen Verfahren, in denen Vergleiche ausdrücklich sondergesetzlich anerkannt sind — hält er eine Beendigung des Verfahrens durch den Vergleich als solchen für möglich²³⁶. Im übrigen sieht auch Müller wie die herrschende Lehre eine Beendigung des Verfahrens durch den Vergleich nur für gegeben an, wenn in ihm, wie es „oft“ möglich sein werde, eine Rücknahme des Antrags, der das Verfahren eingeleitet habe, zu erblicken sei. Dagegen können nach Müller die Vergleichsvergleiche der fG in allen übrigen Fällen keine Verfahrensbeendigung herbeiführen; das soll also erstens für diejenigen Verfahren gelten, die auch ohne Antrag eingeleitet werden können, und zweitens für diejenigen Fälle, in denen dem Vergleichsvergleich keine Antragsrücknahme zu entnehmen sei. Hier soll der Vergleichsvergleich dem Richter „nur einen Anhalt für die erforderlich bleibende Sachentscheidung geben“. Daher hält Müller es für notwendig, in jedem Fall sehr sorgfältig zu prüfen, ob in dem Vergleichsvergleich wirklich eine Antragsrücknahme enthalten sei. Bei Zweifeln, ob eine wirksame Rücknahme vorliege, sei eine Entscheidung darüber angebracht.

Hierzu muß zunächst daran erinnert werden, daß eine Vergleichszulässigkeit nach dem früher Ausgeführten (S. 19) in anderen Angelegenheiten als in Antragsachen gar nicht besteht, jedenfalls nicht in erster Instanz. Insoweit geht die Meinung Müllers schon deshalb fehl. Abgesehen davon wäre ein Vergleich, der lediglich einen Anhalt für eine erforderlich bleibende richterliche Sachentscheidung böte, überhaupt kein Vergleichsvergleich. Außer der fehlenden Beendigungswirkung müßte ihm zwangsläufig auch die Vollstreckbarkeit fehlen; nur die abschließende richterliche Sachentscheidung käme als Vollstreckungstitel in Frage.

Im übrigen ist aber auch nicht einzusehen, weshalb bei den Vergleichen der fG hinsichtlich der Beendigungswirkung Unterschiede bestehen sollen. Wenn es möglich ist, diese Wirkung auf Vergleiche der fG zu beziehen, dann muß sie auf *alle* Vergleiche erstreckt werden, die den materiellen und prozessualen Voraussetzungen eines Vergleichsvergleichs genügen.

Da für den Vergleich des *Zivilprozesses* die Beendigungswirkung in zahlreichen Vorschriften mittelbar zum Ausdruck kommt (vgl. N. 155), wird allgemein anerkannt, daß er als solcher bereits einen selbständigen Beendigungstatbestand darstellt, so daß es nicht des Umweges über eine Klagerücknahme bedarf. Allerdings findet sich vielfach in der zivilprozessualen Literatur die etwas irreführende Formulierung, mit dem Vergleich falle das „Rechtsschutzbedürfnis“ für eine Entscheidung fort²³⁷. Richtig ist zwar, daß eine Partei nach Abschluß eines Prozeßvergleichs wegen dessen Vollstreckbarkeit regelmäßig kein Interesse mehr an einer Entscheidung haben wird. Da jedoch mit dem Vergleich die Rechtshängigkeit erlischt, kommt es auf die Frage des Rechtsschutzbedürfnisses für eine Entscheidung nicht mehr an.

Auch in der fG wäre es unrichtig, die Frage der Beendigungswirkung als Problem des Rechtsschutzinteresses zu behandeln. Man kann nicht eine Verfahrensbeendigung einfach deshalb bejahen, weil eine Vollstreckbarkeit gegeben ist. Es gibt keinen allgemeinen Satz, daß die Verfahrensbeendigung eine Folge der Vollstreckbarkeit sei, ebensowenig wie es den umgekehrten Satz gibt. Dennoch ist nicht zu verkennen, daß beide Wirkungen innerlich zusammengehören. Die Anordnung einer Vergleichsvollstreckbarkeit wird immer ein wesentliches Indiz dafür sein, daß der Gesetzgeber dem Vergleich auch eine Beendigungswirkung zuerkennen wollte. Dies wird freilich nur dann bedeutsam, wenn die Beendigung nicht ausdrücklich in dem betreffenden Gesetz angeordnet ist. So besteht beispielsweise für den verwaltungsgerichtlichen Ver-

236) JZ 1954, 18 zu N. 28.

237) So u. a. Stein-Jonas-Schönke § 794 Anm. I 3 a; OLG München, ZZP 53, 285; Sonnen ZZP 54, 160; ähnlich auch Kohler, ZZP 29, 39.

gleich der britischen Zone hinsichtlich der Beendigungswirkung ein gewisser Zweifel, weil zwar einerseits § 68 S. 1 der MRVO Nr. 165 von der „Erledigung“ des geltend gemachten Anspruchs durch den Vergleich spricht, andererseits aber durch Satz 2 der gleichen Vorschrift noch ein gerichtlicher Einstellungsbeschluß vorgesehen ist. Mit Recht hat das OVG Münster²³⁸ diese Zweifelsfrage dahin beantwortet, daß der Einstellungsbeschluß nur deklaratorische Wirkung habe, wobei die Vollstreckbarkeit des Vergleichs bei den Überlegungen des OVG Münster erkennbar eine wesentliche Rolle gespielt hat, wenn das Gericht auch keineswegs *nur* deshalb die Beendigungswirkung angenommen hat.

Der innere Zusammenhang zwischen Vollstreckbarkeits- und Beendigungswirkung macht es leicht, die zivilprozessuale Regelung der letzteren genau so für den Vergleich der fG analog zu übernehmen, wie es für die Vollstreckbarkeitswirkung geschehen ist. Die Rechtsähnlichkeit des Vergleichs der fG, der alle materiellen und prozessualen Vergleichsvoraussetzungen erfüllt, mit dem Vergleich des Zivilprozesses wurde im Rahmen der Prüfung der Vollstreckbarkeit dargetan. Die Erkenntnis, daß sich eine Vollstreckbarkeit solcher Vergleiche der fG in vollem Umfang durch die analoge Anwendung des § 794 Abs. 1 Z. 1 ZPO ermöglichen läßt, bestätigt, daß auch hinsichtlich der Verfahrensbeendigung die Regelung der ZPO entsprechend für den Vergleich der fG übernommen werden kann, ohne daß hierdurch eine sachfremde Regelung eingeführt würde, die zu irgendwelchen besonderen Merkmalen dieses Vergleichs im Widerspruch stünde.

Grundlage der Beendigungswirkung des Vergleichs der fG ist also gleichfalls die entsprechende Übernahme der zivilprozessualen Regelung, die in mehreren Vorschriften ihren Niederschlag gefunden hat, so daß es sich nicht wie bei der Vollstreckbarkeit um die analoge Anwendung *einer* Bestimmung handelt. Der Umweg über eine besondere Prozeßhandlung, durch welche das Verfahren beendet wird (also eine Antragsrücknahme), ist daher auch beim Vergleich der fG nicht notwendig. Das gilt jedenfalls in aller Regel. Ob dieser Umweg immerhin *möglich* und in gewissen Fällen vielleicht sogar die einzige Möglichkeit ist, wird in dem Abschnitt E zu behandeln sein.

Damit steht fest, daß beide prozessualen Wirkungen, die einen Vergleich zum Prozeß(Verfahrens)vorgleich im technischen Sinne machen, auch dem im Verfahren der fG geschlossenen Vergleich zugesprochen werden können und müssen, sofern dieser Vergleich die materiellen und prozessualen Voraussetzungen eines Verfahrensvergleichs aufweist²³⁹. Ein solcher Vergleich beendet also das Verfahren, und zwar im Normalfall ohne weiteres, d. h. ohne eine besondere auf die Prozeßbeendigung gerichtete Handlung; er ist ferner vollstreckbar, letzteres in jedem Falle im weiteren Sinne, im engeren Sinne dann, wenn er einen technisch vollstreckungsfähigen, d. h. mit den Mitteln des 8. Buches der ZPO durchsetzbaren Inhalt hat.

238) NJW 1954, 1502.

239) Es kommt bei dieser Rechtslage gar nicht mehr zu der von Josef (Gruchots Beitr. 48, 557 ff., s. o. N. 11) aufgeworfenen Frage, ob der Richter der fG auf der Grundlage des Vergleichs eine Entscheidung treffen kann und muß. Josef, der mit der herrschenden Meinung dem im Verfahren der fG geschlossenen Vergleich nur materielle Wirkung zuspricht, versucht auf diese Weise, im Ergebnis auch in der fG dem Parteiwillen prozessuale Geltung zu verschaffen. Dabei wird aus seinen Ausführungen allerdings nicht deutlich, in welchem Umfang er eine „Bindung“ des Richters an den Vergleich annimmt. Soweit der Richter nach seinem Ermessen und nicht nur gemäß der bestehenden Rechtslage zu entscheiden hat, ist eine solche Bindung ohnehin zweifelhaft, von der Frage, ob in Fällen des Vorliegens materieller Einigungen überhaupt grundsätzlich eine Entscheidungsmöglichkeit des Richters der fG besteht oder ob insoweit der Zivilprozeß gegeben ist, ganz abgesehen. Jedenfalls hat es mit einem Verfahrensvergleich nichts zu tun, wenn der Richter der fG den Inhalt einer Beteiligtenvereinbarung einer Entscheidung zugrundelegt, sei es, weil er sich hierzu für verpflichtet hält, oder sei es, weil er das Ergebnis sachlich für

Verfahrensvergleiche bei beschränkter Verfügungsbefugnis über den Verfahrensgegenstand

I. Der Vergleich in Ehesachen

Im Zivilprozeß gibt es eine besondere Verfahrensart, in der die Rechtsprechung in jüngerer Zeit in einer interessanten Entwicklung die Zulässigkeit von Prozeßvergleichen bestimmter Art bejaht hat, obwohl der Streitgegenstand nicht im eigentlichen Sinne dispositionsfähig ist. Es handelt sich hierbei um den Eheprozeß.

Der Streitgegenstand dieses Verfahrens unterliegt der Parteidisposition nicht in gleicher Weise wie fast alle übrigen Streitgegenstände des Zivilprozesses, denn die Parteien können nicht über den Bestand der Ehe verfügen²⁴⁰. Daher wurden in Ehesachen Vergleiche zunächst als gänzlich ausgeschlossen angesehen. Hier hat sich aber im Laufe der Zeit eine gewisse Wandlung vollzogen. Es wurden allmählich nicht nur Vergleiche, die einer Aufrechterhaltung der Ehe dienten (sog. ehfreundliche Vergleiche) für möglich gehalten, sondern auch Vergleiche, die nach Erlaß eines Scheidungsurteils die Rechtskraft durch beiderseitigen Rechtsmittelverzicht oder eine Rechtsmittelrücknahme herbeiführten. Durchweg sind derartige Vergleiche mit Unterhaltsvereinbarungen bzw. -verzicht der Ehegatten verknüpft²⁴¹. Das Kammergericht stellt sich sogar auf den Standpunkt, daß ohne derartige gleichzeitige Unterhaltsvereinbarungen — deren Verbindung mit dem Rechtsmittelverzicht es nach § 627 b ZPO rechtfertigt²⁴² — ein Vergleich unmöglich sei, da der bloße (auch beiderseitige) Rechtsmittelverzicht für sich allein noch keinen Prozeßvergleich begründen könne²⁴³. Nur bei derartigen, den Rechtsmittelverzicht und die Unterhaltsregelung umfassenden „Gesamtvergleichen“ sieht das Kammergericht regelmäßig die Vergleichsvoraussetzungen als gegeben an.

Das Besondere derartiger Vergleiche liegt außer in dem Umstand, daß sie in einem Verfahren geschlossen werden, in dem eine Dispositionsbefugnis im herkömmlichen Sinne nicht besteht, auch darin, daß nicht der Vergleich als solcher als Beendigungsgrund anerkannt wird; die Beendigung wird vielmehr lediglich kraft der in dem Vergleich als Bestandteil enthaltenen besonderen

angemessen erachtet. Fest steht ferner, daß eine gerichtliche Entscheidung, auch wenn sie sich auf eine materielle Parteivereinbarung stützt, nur in dem gerichtlichen Zuständigkeitsrahmen ergehen, dagegen verfahrensfremde Bestandteile der Vereinbarung nicht ebenfalls zum Entscheidungsinhalt machen kann. Insofern handelt es sich also nicht nur um eine Frage des Weges, wie dem Parteiwillen prozessuale Geltung zu verschaffen ist, sondern auch um die Frage, in welchem Ausmaß ein Vollstreckungstitel gemäß dem Parteiwillen geschaffen werden kann. Alle diese Probleme kommen jedoch gar nicht mehr zur Auswirkung, wenn man die im Verfahren der fG geschlossenen Vergleiche nicht nur als solche des materiellen Rechts, sondern als Verfahrensvergleiche ansieht, wie es oben entwickelt wurde. Denn nach einem Verfahrensvergleich besteht für eine gerichtliche Entscheidung weder ein Bedürfnis noch überhaupt nur eine Möglichkeit.

240) RGZ 157, 141 = JW 1938, 1123 Nr. 15.

241) KG DR 1939, 1926 Nr. 18; vgl. hierzu auch Gaedeke, DR 1939, 1904; OLG Dresden, DR 1940, 462 Nr. 35; OLG Breslau, DR 1940, 465 Nr. 36; KG DR 1940, 466 Nr. 37; KG DR 1941, S. 107 Nr. 17, S. 603 Nr. 25, S. 1162 Nr. 14 und S. 1164 Nr. 17; zustimmend zu dieser Rechtsprechung OGHbrZ, NJW 1949, 906.

242) Gegen die Heranziehung des § 627 b ZPO wendet sich mit Recht das OLG Dresden in DR 1940, 462 ff. Das grundsätzliche Verbot der Verbindung eines Eheverfahrens mit Klagen anderer Art (§ 615 Abs. 2 ZPO) steht nicht der vergleichsweisen Einbeziehung solcher andersartiger Ansprüche entgegen. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen für ein Verfahren und für ein Urteil gelten für einen Vergleich nicht in gleicher Weise (vgl. o. S. 31 f.). Es bedarf also nicht der Einschaltung des § 627 b ZPO, um für den Vergleich das Verbindungsverbot des § 615 Abs. 2 ZPO auszuräumen.

243) KG DR 1941, 658.

Prozeßhandlung (Klagerücknahme, Rechtsmittelrücknahme, Rechtsmittelverzicht) angenommen. Dennoch liegen nach der in Rede stehenden Meinung echte Prozeßvergleiche vor. Sie werden also auch als Vollstreckungstitel anerkannt, was sich vor allem hinsichtlich der in dem Vergleich mitgeregelten Unterhaltsansprüche praktisch auswirkt²⁴⁴, aber auch mit Rücksicht auf § 103 ZPO für die Möglichkeit einer Kostenfestsetzung von Bedeutung ist.

Der richtige Grundgedanke dieser von der Rechtsprechung unter Führung des Kammergerichts herausgearbeiteten Anerkennung einer beschränkten Vergleichsmöglichkeit in Eheprozessen liegt darin, daß in der Tat durch die Möglichkeit einer Aussöhnung der Ehegatten, d. h. des Verzichts des einen von ihnen auf das Scheidungsrecht, oder durch die Möglichkeit einer Rechtsmittelrücknahme oder eines Rechtsmittelverzichts eine gewisse Dispositionsbefugnis der Parteien des Eheprozesses besteht. Unrichtig ist es allerdings, daß diese Vergleiche in den Begründungen der meisten Entscheidungen als Vergleiche über das zwischen den Parteien bestehende Prozeßrechtsverhältnis erscheinen²⁴⁵. Wie oben (S. 28) in anderem Zusammenhang ausgeführt wurde, ist es verfehlt, bei einer wie auch immer gearteten Beilegung eines Rechtsstreits anzunehmen, die Parteien bzw. Beteiligten hätten hierdurch im Sinne des § 779 BGB bezweckt, einen Streit oder eine Ungewißheit über das zwischen ihnen bestehende Prozeßrechtsverhältnis zu beseitigen. Die Vernichtung des Prozeßrechtsverhältnisses ist die notwendige Folge der Prozeßerledigung, aber nicht der primäre Zweck, ganz abgesehen davon, daß überhaupt kein Streit und keine Ungewißheit über das Prozeßrechtsverhältnis besteht. Es herrscht nicht der geringste Zweifel darüber, daß dieses Prozeßrechtsverhältnis, so lange der Prozeß andauert, vorhanden ist. Über seinen Inhalt mögen die Parteien keinen richtigen Überblick haben, aber es wäre rein konstruktiv und ohne sachlichen Grund, wenn man annehmen wollte, die Parteien hätten diese rein theoretische Ungewißheit durch ihre Maßnahmen beseitigen wollen. In Wirklichkeit besteht kein Bedenken, in Fällen der besprochenen Art eine — beschränkte — Verfügung der Parteien *über den Streitgegenstand* anzunehmen. Es wird entweder (im Falle der Aussöhnung) auf das etwa bestehende Scheidungsrecht verzichtet oder es wird (durch die Rechtsmittelrücknahme oder durch den Rechtsmittelverzicht) das ergangene Scheidungsurteil rechtskräftig gemacht. Auch in diesem Falle liegt letztendes eine Verfügung über das Scheidungsbegehren und über die Scheidung selbst (das Verfahrensergebnis) vor, denn die Parteien verzichten auf die Möglichkeit einer gerichtlichen Nachprüfung der in erster Instanz ausgesprochenen Scheidung; sie machen damit diese Scheidung endgültig. Selbstverständlich können die Parteien nicht einfach durch Vertrag unter sich ihre Ehe auflösen. Indem ihnen aber das Recht eingeräumt worden ist, die *gerichtlich* ausgesprochene Auflösung durch prozessuale Maßnahmen zur endgültigen Wirksamkeit zu bringen, sind sie eben doch — in dem hier allein in Rede stehenden *eingeschränkten* Sinne — über das Verfahrensergebnis und damit über den Streitgegenstand (s. o. S. 23) dispositionsbefugt.

Wenn man das verneint, muß man folgerichtig den „Vergleichen“ der besprochenen Art die Eigenschaft von Prozeßvergleichen absprechen. Denn auf das Erfordernis, daß ein Prozeßvergleich den Streitgegenstand kraft einer dahingehenden Dispositionsbefugnis der Parteien irgendwie betreffen und regeln muß, kann nicht verzichtet werden. Es kann lediglich die Frage aufgeworfen werden, ob diese „Regelung“ des Streitgegenstandes und die dazu-

244) Vgl. KG DR 1941, 1163 Nr. 14; ferner Tschischgale JR 1951, 427 ff. und Rpfleger 1952, 35 in der Anmerkung zu einer Entscheidung des OLG Frankfurt am Main.

245) So vor allem KG DR 1939, 1926 und 1927; ebenso Gaedeke in der Besprechung der Entscheidung in DR 1939, 1904; OLG Dresden, DR 1940, 463; OLG Breslau, DR 1940, 466; KG DR 1941, 1165.

gehörige Dispositionsbefugnis auch nur eine beschränkte in dem erörterten Sinne sein kann. Diese Frage ist zu bejahen, aber es darf kein Zweifel darüber gelassen werden, daß wirklich eine echte Verfügung über den Streitgegenstand vorliegt, wenn sie auch nur in einer bestimmten Richtung möglich ist und, soweit Rechtsmittelrücknahme oder Rechtsmittelverzicht gegenüber einem Scheidungsurteil in Rede stehen, gewissermaßen nur einen unselbständigen, auf dem gerichtlichen Urteil aufbauenden Charakter hat.

Faßt man den in Ehesachen geschlossenen Vergleich in dieser Weise auf, dann bestehen keine Bedenken dagegen, ihn als Prozeßvergleich im technischen Sinne zu behandeln, sofern er auch im übrigen alle Vergleichsvoraussetzungen, insbesondere das Erfordernis des beiderseitigen Nachgebens erfüllt. Dem steht auch nicht entgegen, daß die Rechtsprechung diese vergleichsrechtlichen Sonderfälle nicht wie die gewöhnlichen Prozeßvergleiche als selbständige Verfahrensbeendigungsgründe auffaßt, sondern als Beendigungsgründe die in den Vergleich aufgenommenen jeweilige besondere Prozeßhandlung (Klagerücknahme, Rechtsmittelrücknahme, Rechtsmittelverzicht) betrachtet. Allerdings ist die Beendigungswirkung essentiell für den Prozeßvergleich^{245a}; ferner wurde dargetan, daß es bei den normalen Prozeßvergleichen nicht des Umweges über besondere verfahrensbeendigende Prozeßhandlungen bedarf. Damit ist jedoch nicht gesagt, daß *nur* dann ein Prozeßvergleich angenommen werden könne, wenn er als solcher die Beendigung herbeiführt. Die Verfahrensbeendigung, die für den Verfahrensvergleich unabdingbare Voraussetzung ist, kann entweder in der Weise herbeigeführt werden, daß der Vergleich als solcher den Prozeß beendet (so der Regelfall), oder aber, indem er ihn durch vereinbarte prozessuale Handlungen beendet²⁴⁶. Der Wortlaut der Zivilprozeßordnung läßt hinsichtlich der Art, wie ein Vergleich die Verfahrensbeendigung bewirkt, beide Möglichkeiten offen, wie man gerade aus der Formulierung des § 794 Abs. 1 Z. 1 ZPO ersieht, die nichts anderes verlangt, als daß der Vergleich „zur Beilegung des Rechtsstreits . . . abgeschlossen ist“. Voraussetzung der zweiten Lösung ist freilich, daß die das Verfahren beendende besondere Prozeßhandlung einen *Bestandteil* des Vergleichs bildet. Dabei braucht nicht unbedingt die Rücknahme oder der Rechtsmittelverzicht im eigentlichen Vergleichstext zu erscheinen. Es reicht aus, wenn die Erklärung in erkennbarem äußeren und inneren Zusammenhang mit dem Vergleich abgegeben wird.

Die Frage, welches Gericht als Vergleichsgericht in dem praktisch häufigen Falle zuständig ist, daß der Vergleich nach Erlaß des erstinstanzlichen Urteils, aber vor der Einlegung eines Rechtsmittels hiergegen, unter Einschluß eines Rechtsmittelverzichts geschlossen werden soll — man spricht hier von einem Vergleich „zwischen den Instanzen“ —, wird in Rechtsprechung und Literatur mit Recht dahin beantwortet, daß die *untere* Instanz noch zuständig ist²⁴⁷. Es handelt sich hierbei um einen allgemeinen Grundsatz, der keineswegs auf die Vergleiche in Eheprozessen beschränkt ist, sondern auch bei anderen Vergleichsschlüssen „zwischen den Instanzen“ zur Anwendung kommt.

Sofern der Vergleich in erster Instanz unter Einschluß einer Klagerücknahme oder in zweiter Instanz unter Einschluß einer Rechtsmittelrücknahme geschlossen wird, ist die ausdrückliche Klarstellung der Kostentragungspflicht zweckmäßig, da andernfalls Zweifel entstehen können, ob § 98 oder § 271 Abs. 3 S. 2 bzw. § 515 Abs. 3 S. 1 ZPO zur Anwendung kommt. Die Beantwortung dieser Frage hätte auf Grund einer Auslegung des Parteiwillens zu erfolgen und könnte daher unter Umständen auf Schwierigkeiten stoßen.

245a) S. O. S. 56 zu N. 156.

246) Lent, NJW 1950, 30.

247) KG DR 1941, 604 Nr. 25; Rosenberg, Lehrbuch, § 128 I 2 b am Ende und § 30 III 1 b; Lent, NJW 1950, 29.

Der Zweck des Vergleichs, ein Urteil zu ersparen, wird auch im Eheprozeß erreicht. Soweit der Vergleich mit Hilfe eines Rechtsmittelverzichts geschlossen wird, vermeidet er zwar naturgemäß das erstinstanzliche Urteil nicht, wohl aber eine Entscheidung der höheren Instanz.

Der Vergleich des Eheprozesses bietet daher wohl einige Besonderheiten. Er läßt sich aber dennoch mit den Voraussetzungen und mit dem Wesen des Prozeßvergleichs in Einklang bringen, so daß es möglich ist, ihn als einen solchen zu behandeln. Das geschieht denn auch nicht nur von der überwiegenden Rechtsprechung, sondern ebenso von der überwiegenden Literatur²⁴⁸. Bisweilen findet sich in der Literatur der Versuch, den Vergleich in Ehesachen dem normalen Prozeßvergleich stärker anzupassen. So möchte Faßbender²⁴⁹ auch im Eheprozeß den Weg über die besondere Prozeßhandlung der Klage- oder Rechtsmittelrücknahme oder des Rechtsmittelverzichts vermeiden, also auch hier den Vergleich als selbständigen Verfahrensbeendigungsgrund behandeln. Das erscheint jedoch vor allem beim Vergleich durch *Rechtsmittelrücknahme* oder -verzicht nicht möglich. Der normale nach Erlaß einer gerichtlichen Entscheidung „zwischen den Instanzen“ oder in der höheren Instanz geschlossene Prozeßvergleich tritt an die Stelle der Entscheidung. Gerade das ist in Ehesachen aber nicht stets möglich; es kommt nicht in Frage bei Rechtsmittelverzicht oder Rechtsmittelrücknahme gegenüber einem der Scheidungsklage stattgebenden Urteil. Ließe sich bei ehfreundlichen Vergleichen, also bei Aussöhnung der Parteien in erster Instanz oder nach einem die Scheidungsklage abweisenden Urteil allenfalls ein Vergleich der üblichen Art konstruieren, so ist es doch wegen der Einheitlichkeit des Vergleichs in Ehesachen zweckmäßig, mit der Praxis in allen Fällen die Verfahrensbeendigung durch eine besondere Prozeßhandlung herbeizuführen.

In der Praxis werden bisweilen sogar auch in anderen Zivilprozessen als in Eheverfahren Vergleiche in der Form geschlossen, daß der Kläger oder Rechtsmittelkläger gegen eine irgendwie geartete Gegenleistung seine Klage oder sein Rechtsmittel zurücknimmt²⁵⁰. Dieser Weg ist zwar in anderen Verfahren als in Ehesachen nicht notwendig, aber nach dem Gesagten immerhin möglich²⁵¹. Empfehlenswert ist eine solche — erfreulicherweise auch seltene — Praxis jedoch nicht. Sie kann leicht Zweifel darüber entstehen lassen, ob wirklich ein ernstlicher Vergleichswille der Parteien vorhanden ist, während im Eheprozeß, in dem diese die gängige Vergleichsform ist, solche Zweifel seltener auftreten werden.

II. Parallelfälle in der freiwilligen Gerichtsbarkeit

Während das Eheverfahren als ein Verfahren, dem im eigentlichen Sinne eine Dispositionsbefugnis der Parteien über den Streitgegenstand fehlt, im Zivilprozeß eine — wenn auch nicht die einzige — Ausnahme bildet, liegen die Verhältnisse im Verfahren der fG anders. Wenn auch in den Abschnitten B und C der Arbeit eine ganze Reihe von Fällen als die wesentlichsten Beispiele dispositionsfähiger Angelegenheiten der fG aufgeführt wurden, so sind

248) Z. B. Rosenberg, Lehrbuch, § 128 I 2 d; Schönke, Zivilprozeßrecht, § 95 III 1 b; Stein-Jonas-Schönke, § 617 Anm. II 3; Baumbach-Lauterbach, Anh. § 307 Z. 3 A und § 617 Anmerkung 4 A.

249) Der Vergleich und die Klagezurücknahme im Eheprozeß, Kölner Diss. 1940, S. 51/52.

250) Vgl. Tschischgale, JR 1951, 427, zu N. 10.

251) Das Bedenken, daß bei einem solchen Vergleich *zwei* Verfahrensbeendigungsgründe zusammentreffen, nämlich der Vergleich als solcher und zum anderen die Rücknahme, läßt sich ausräumen. Die Beendigungswirkung verlangt einen entsprechenden Parteiwillen (vgl. o. S. 15 und 57) und man wird in derartigen Fällen annehmen müssen, daß sich auf eine Beendigung des Verfahrens durch den Vergleich als solchen ausnahmsweise kein Parteiwille richtet (und hier ausnahmsweise auch nicht zu richten braucht), da diese Wirkung durch die Rücknahme gewollt und erzeugt wird.

die nichtdispositionsfähigen Angelegenheiten doch in der Überzahl. Daher liegt die Frage nahe, ob die Grundsätze, welche Rechtsprechung und Lehre für eine beschränkte Vergleichsmöglichkeit im Eheprozeß herausgearbeitet haben, im Verfahren der fG ebenfalls Geltung finden können, vielleicht sogar in einem sehr erheblichen Anwendungsbereich.

Soweit es sich in der fG um Verfahren handelt, die nur auf Antrag eingeleitet werden können, ist der Antragssteller jederzeit befugt, den Antrag zurückzuziehen und damit das Verfahren zu beenden²⁵². Die *Beschwerde* unterliegt in *jedem* Falle der Beteiligtendisposition. Es steht also im Belieben des Beschwerdeberechtigten, ob er die Beschwerde einlegt, ob er auf sie verzichtet oder die eingelegte Beschwerde zurücknimmt²⁵³. Dies gilt sogar auch in denjenigen Angelegenheiten, die keine Antragssachen sind, die also in erster Instanz auch von Amts wegen eingeleitet werden könnten.

Theoretisch scheint es hiernach im Verfahren der fG für Vergleiche der eingeschränkten Art der Eheprozeßvergleiche überaus zahlreiche Möglichkeiten zu geben. Bei genauer Betrachtung zeigt sich indessen, daß es zwar wirklich einzelne Fälle gibt, in denen in der fG Parallelen zu den Vergleichen des Eheprozesses denkbar sind, daß diese Fälle jedoch bei weitem seltener sind, als sich zunächst vermuten läßt.

Der Hauptgrund hierfür liegt darin, daß ein Verfahrensvergleich in erster Linie die Voraussetzungen des § 779 BGB erfüllen muß. Es genügt ja nicht einfach ein Nachgeben der Beteiligten eines Verfahrens in Bezug auf ihre unterschiedlichen Ansichten von der zur gerichtlichen Entscheidung stehenden Sache. Vielmehr muß zwischen den Parteien ein „Rechtsverhältnis“ bestehen, über das Streit oder Ungewißheit herrscht, und das nunmehr durch den Vergleich im Wege beiderseitigen Nachgebens geregelt wird. Da als Rechtsverhältnis im Sinne des § 779 BGB nicht das zwischen den Parteien bestehende Prozeßrechtsverhältnis (sofern ein solches in der fG angenommen werden kann) genügt, kommt praktisch nur ein materielles Rechtsverhältnis in Frage.

In den meisten Verfahrensarten der fG fehlt es an einem Rechtsverhältnis zwischen den Beteiligten im Sinne des § 779 BGB. In denjenigen Fällen aber, in denen ein solches Rechtsverhältnis zwischen den Beteiligten vorhanden ist, besteht in der Regel eine *uneingeschränkte* Vergleichsbefugnis der Beteiligten, so daß sich hier kein Raum für die Grundsätze einer nur beschränkten Vergleichsmöglichkeit nach Art des Eheprozeßvergleichs ergibt.

Immerhin gibt es einige Fälle, in denen zwischen den Beteiligten ein Rechtsverhältnis im Sinne des § 779 BGB vorhanden ist, ohne daß gleichzeitig eine uneingeschränkte Dispositionsbefugnis der Beteiligten besteht.

1. Ein Beispiel hierfür ist § 74 des EheGes.^{253a}. Eine eigentliche Dispositionsbefugnis der Eltern besteht hier nicht, obgleich ein Rechtsverhältnis zwischen ihnen vorhanden ist, nämlich die Gesamtheit der sich aus der gemeinsamen Sorgeberechtigung ergebenden Rechte und Pflichten gegeneinander. Um dieses Rechtsverhältnis dreht sich das Verfahren, genauer gesagt, um die Frage, in welcher Weise dieses Rechtsverhältnis umgestaltet bzw. aufgehoben werden soll. Auch dann liegt ein Streit um ein Rechtsverhältnis vor, wenn es in irgendeiner Form aufgehoben werden soll, wobei die Beteiligten verschiedener Meinung darüber sind, *wie* diese Aufhebung zu erfolgen hat. Dennoch können die Eltern Verfahrensvergleiche hierüber nicht schließen, da an der Regelung der Personensorge, obwohl sie eine Regelung privater Rechtsverhältnisse ist, nach Auffassung des Gesetzgebers ein überwiegendes öffentliches Interesse

252) Keidel, § 12 Anm. 2.

253) Die Zurücknahme ist bis zur Bekanntgabe der Entscheidung möglich, vgl. Keidel, § 19 Anmerkung 13 a.

253a) der allerdings nach Art. 8 II Ziffern 1 und 4 des Gleichberechtigungsgesetzes vom 18. 6. 1957 (BGBl. I, S. 609) am 1. Juli 1958 außer Kraft treten wird.

besteht. Das ist in der Fassung des § 74 EheGes. zum Ausdruck gekommen, nach der eine Einigung der Eltern nur den Charakter eines Vorschlages haben kann und noch der Billigung des Gerichts bedarf, das abweichend von der Einigung entscheiden kann und muß, wenn es eine solche abweichende Regelung für angebracht hält. Die Eltern besitzen daher im Sorgerechtsverfahren keine Dispositionsbefugnis im eigentlichen Sinne. Sie können nicht unter Ausschaltung einer gerichtlichen Entscheidung eine einverständliche Sorgerechtsregelung treffen. Das gleiche Ergebnis folgt auch aus der Natur des Sorgerechtsverfahrens als eines amtswegigen Verfahrens (s. o. S. 19). Aber die Eltern können auf die ihnen gegen die Entscheidung zustehende einfache Beschwerde (§§ 20, 57 Abs. 1 Z. 9 FGG) verzichten. Sind beide Eltern durch den Beschluß beschwert, etwa wenn das Gericht in zulässiger Weise das Sorgerecht für einige Jahre der Mutter und für die folgenden Jahre dem Vater überträgt²⁵⁴, so kann das gegenseitige Nachgeben, wenn wirklich von den Parteien ein Vergleich bezweckt wird, schon in dem beiderseitigen Beschwerdeverzicht liegen. Die im Eheprozeß geäußerte Ansicht des Kammergerichts, der beiderseitige Rechtsmittelverzicht genüge für sich allein nicht als Vergleich (s. o. N. 243), stellt in ihrer Begründung letztlich erkennbar auf die Überlegung ab, daß in einem solchen Falle kein echter Vergleichswille vorliege. Das ist in dieser Allgemeinheit nicht richtig. Es kommt auf den Einzelfall an. — Ist nur ein Ehegatte beschwert, so kann naturgemäß nur dessen Nachgeben in einem Rechtsmittelverzicht gefunden werden; Voraussetzung ist freilich auch hier, daß der Verzicht wirklich als vergleichsweises Nachgeben gemeint ist. Das Entgegenkommen des Obsiegenden muß in anderer Richtung liegen, wobei wiederum der Satz Bedeutung gewinnt, daß auch ein Nachgeben in einem außerhalb des streitigen Rechtsverhältnisses liegenden Punkt genügt. Das kann der Kostenpunkt sein. Da aber auch die Einbeziehung anderer Gegenstände in den Vergleich möglich ist, kann auch etwa die Teilung des Hausrats bei dieser Gelegenheit vergleichsweise mitgeregelt werden.

Die bloße Rücknahme der Beschwerde in einem Beschwerdeverfahren nach § 74 EheGes. kann dagegen noch nicht für einen Verfahrensvergleich genügen. Da die Beschwerde nicht befristet ist und infolgedessen neu eingelegt werden könnte, führt die Rücknahme nicht zu einer endgültigen Beilegung des Verfahrens und des zwischen den Parteien herrschenden Streites oder der zwischen ihnen bestehenden Ungewißheit. Auch bei einem Beschwerdeverzicht besteht die „Endgültigkeit“ allerdings nur vorbehaltlich einer Änderungsverfügung, die das Vormundschaftsgericht nach § 74 Abs. 6 EheGes. trifft. Diese wird durch den Rechtsmittelverzicht nicht ausgeschlossen. Dennoch ist das Wesen eines Vergleichs durch den im Rahmen eines beiderseitigen Nachgebens vorgenommenen Rechtsmittelverzicht gewahrt, da das zur Zeit anhängige Verfahren abgeschlossen und der Streit oder die Ungewißheit der Parteien dadurch, daß diese sich bei der getroffenen Entscheidung beruhigen, beigelegt wird. Zu betonen ist aber, daß die oben insbesondere auf Seiten 84/85 aufgezeigte grundsätzliche *Unabänderbarkeit* eines Vergleichs in dem hier behandelten Sonderfall des § 74 EheGes. nicht zum Tragen kommt. Die Sorgerechtszuteilung liegt nach wie vor in dem gerichtlichen Beschluß. Der Vergleich beschränkt sich auf die Rechtsmittelfrage hinsichtlich dieses Beschlusses, abgesehen von den etwa in den Vergleich einbezogenen sonstigen Punkten. Einem vom Gericht eingeleiteten Änderungsverfahren kann ein solcher Vergleich nicht entgegenstehen.

Grundlage einer etwaigen Zwangsvollstreckung ist demgemäß ebenfalls der erstinstanzliche Gerichtsbeschluß und keineswegs etwa der Vergleich. Im *weiteren* Sinne ist aber auch dieser Vergleich vollstreckbar. Insbesondere kann er daher Grundlage einer Kostenfestsetzung sein. Sind im eigentlichen Sinne

254) Vgl. Palandt, § 74 EheGes. Anm. 4.

„vollstreckungsfähige“ Gegenstände in den Vergleich einbezogen worden, so besteht eine Vollstreckbarkeit sogar im engeren Sinne.

Im Verfahren nach § 74 EheGes. sind also Verfahrensvergleiche unter Einbeziehung eines Rechtsmittelverzichts möglich, nicht dagegen auch unter Einschluß einer bloßen Rechtsmittelryücknahme. Ferner fehlt die Möglichkeit eines Verfahrensvergleichs durch Rücknahme des (erstinstanzlichen) „Antrags“, da das Verfahren auch von Amts wegen eingeleitet werden kann und bei fehlendem Antrag eines Beteiligten auch eingeleitet werden muß. Damit zeigt sich gleichzeitig am Falle des § 74 EheGes., daß u. U. auch in einem amtswegigen Verfahren ausnahmsweise ein Verfahrensvergleich denkbar ist, zwar nicht in der ersten Instanz, aber in Form einer Festlegung auf die erstinstanzlich getroffene Entscheidung.

Häufig wird in einem *Eheprozeßvergleich* schon die Frage der Personensorge für die gemeinschaftlichen Kinder „mitverglichen“²⁵⁵. Dieser Vergleichsbestandteil kann nur als Einigung und Vorschlag der Ehegatten im Sinne des § 74 Abs. 1 S. 1 und 2 EheGes. Wirksamkeit und Bedeutung haben.

2. Ein anderes Beispiel für eine eingeschränkte Vergleichsmöglichkeit in der fG bietet das Erbscheinsverfahren. Zwischen seinen Beteiligten kann ein streitiges oder ungewisses Rechtsverhältnis im Sinne des § 779 BGB bestehen, etwa wenn von zwei gesetzlichen Miterben der eine testamentarisch zum Alleinerben berufen worden ist und nunmehr einen Erbschein für sich beantragt, während der andere die Unwirksamkeit des Testaments geltend macht und infolgedessen gemäß der gesetzlichen Regelung eine Erbengemeinschaft für gegeben hält. Es sind auch durchaus materiellrechtliche Vergleiche, auch Prozeßvergleiche im *Zivilprozeß*, über solche streitigen Erbrechtsverhältnisse möglich. Dabei stellt sich nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts der Vergleich gleichzeitig als „Veräußerung“ der Erbschaft nach §§ 2371, 2385 BGB dar, indem die Vertragsschließenden oder einzelne von ihnen ihre etwaigen Rechte an der Erbschaft ganz oder zu einem Bruchteil auf den oder die anderen übertragen²⁵⁶.

Im *Erbscheinsverfahren* sind dennoch Verfahrensvergleiche im eigentlichen Sinne nicht denkbar. Der Erbschein ist unabhängig ein richterliches Dokument. Er kann nicht durch eine Beteiligtenvereinbarung ersetzt werden. Auch eine Einigung über den Inhalt des vom Gericht auszustellenden Erbscheins kommt als Verfahrensvergleich nicht in Frage. Abgesehen davon, daß eine Einigung, die erst noch eine richterliche Handlung bedingt, kein Verfahrensvergleich sein kann, weil sie das Verfahren nicht „erledigt“, würde sie auch das Gericht wegen § 2358 BGB und § 12 FGG nicht binden können²⁵⁷.

Hat jedoch das Nachlaßgericht den Erbschein antragsgemäß erteilt, so kann der Beschwerte sich mit dem als Erben ausgewiesenen Prätendenten unter Verzicht auf sein Beschwerderecht²⁵⁸ vergleichen, indem er dessen Erbenstellung anerkennt gegen Zugeständnisse irgendwelcher Art, etwa eine Abfindung. Sieht man in einem solchen erbrechtlichen Vergleich mit dem Reichs-

255) Vgl. die Fälle in NJW 1949, 906 Nr. 4 (OGHbrZ) und in NJW 1953, 1800 Nr. 21 (OLG Stuttgart).

256) RG DJZ 1906 Sp. 145; RGZ 72, 209.

257) Im landwirtschaftlichen Erbscheinsverfahren (§ 18 Höfeordnung br.Z.) hält Brose (RdL 1952, 170 f.) einen Vergleich für möglich mit der Wirkung, daß das Gericht anstelle des beantragten Hoffolgezeugnisses eine Bescheinigung über eine vor ihm erfolgte Einigung erteilt. Dieser Bescheinigung schreibt Brose die gleiche Wirkung wie dem echten Hoffolgezeugnis zu. Brose räumt selbst ein, daß es sich hierbei nicht mehr um einen Erbschein, sondern allenfalls um eine (in der Wirkung) „erbscheinsmäßige Bescheinigung“ handeln würde. Ein solcher Weg kann aber nur auf Grund einer ausdrücklichen Gesetzesänderung gangbar werden. Auch dann wäre aber immer noch äußerst zweifelhaft, ob hier ein echter Verfahrensvergleich vorliegt.

258) Vgl. hierzu Keidel, § 84 Anm. 1: Die Beschwerde kann grundsätzlich nur auf das Ziel der Einziehung des Erbscheins gerichtet sein.

gericht gleichzeitig einen Vertrag nach §§ 2371, 2385 BGB, so wird die hier vorgeschriebene Form, wie im nächsten Abschnitt zu besprechen ist, durch den Vergleich ersetzt.

Derartige Vergleiche sind etwas anderes als die von Stählin²⁵⁹ erörterten Fälle. Stählin kommt zu dem Ergebnis, daß ein Erbschein, der einem vor seiner Erteilung geschlossenen Vergleich entspricht, nur dann vom Gericht auf seine Richtigkeit hin nachgeprüft und im Unrichtigkeitsfalle eingezogen werden könne, wenn hierfür „ein berechtigtes Interesse vorliegt“. Ein Vergleich liegt hierin unter keinen Umständen, insbesondere weil die Beteiligten durch eine solche vor Erteilung des Erbscheins getroffene Vereinbarung das Verfahren nicht beilegen.

3. In der hier in Rede stehenden eingeschränkten Form sind auch im landwirtschaftlichen Genehmigungsverfahren u. U. Vergleichsvergleiche möglich. Vor allem sind in dem früher besprochenen Falle, daß die Beteiligten im Genehmigungsverfahren nunmehr über die Wirksamkeit des zwischen ihnen geschlossenen und zur Genehmigung eingereichten Vertrags streiten, die Voraussetzungen des § 779 BGB erfüllt. Ist die Genehmigung durch die erste Instanz erteilt oder verweigert worden, so können die Beteiligten sich unter Einschuß des Beschwerdeverzichts vergleichsweise auf dieses Verfahrensergebnis festlegen und damit das Verfahren endgültig erledigen.

In allen diesen Fällen handelt es sich in der Tat um eine Verfügung über den Verfahrensgegenstand. Die Sorgerechtsregelung, der Inhalt des Erbscheins, die Genehmigung wird von dem Vergleich betroffen und nicht etwa nur das zwischen den Beteiligten bestehende Prozeßrechtsverhältnis. Aber die Verfügung ist nur in einem eingeschränkten Sinne möglich, insbesondere durch die vergleichsweise Festlegung auf eine ergangene erstinstanzliche Entscheidung mit Hife des Einschlusses eines Rechtsmittelverzichts.

Da die erwähnten drei Beispiele fast allgemein nicht zu den sogenannten echten Streitsachen gerechnet werden — nur bei dem Verfahren nach § 74 EheGes. ist dies bestritten —, erweist sich auch hier der Satz, daß die Zugehörigkeit der konkreten Angelegenheit zu den echten Streitsachen keine Voraussetzung des Vergleichs ist, als praktisch bedeutsam.

F

Die Protokollierung des Vergleichs

Vorschriften über die Protokollierung von Vergleichsvergleichen fehlen im FGG, wie dieses Gesetz ja überhaupt den Vergleich nicht erwähnt. Die Protokollierung eines Vergleichs fällt auch nicht unter den Begriff der „gerichtlichen Beurkundung eines Rechtsgeschäfts“ im Sinne der §§ 167 ff. FGG. Letztere ist eine besondere Art richterlicher Tätigkeit, die von vornherein nur auf die Aufnahme der betreffenden Urkunde gerichtet ist und damit ausgesprochen verwaltungsmäßigen Charakter trägt. Die Vergleichsprotokollierung wird dagegen in einem an sich auf eine gerichtliche Entscheidung gerichteten Verfahren vorgenommen und als richterliche Verfahrenshandlung, die das Verfahren abschließt, ganz von demselben als Bestandteil und Schlußstein erfaßt. Sie kann also nicht als selbständiges Beurkundungsverfahren angesehen werden. Für den zivilprozessualen Vergleich ist daher auch allgemein anerkannt, daß seine Protokollierung etwas völlig anderes als die Aufnahme einer Urkunde nach dem 10. Abschnitt des FGG ist²⁶⁰. Bei dem Vergleichsvergleich der fG tritt dieser Wesensunterschied äußerlich nicht so stark in Erscheinung, weil bei seiner Protokollierung wie bei der Aufnahme einer gerichtlichen Ur-

259) „Vergleiche im Erbscheinsverfahren“, Deutsche Freiwillige Gerichtsbarkeit, 1942, 71 f.
260) Vgl. vor allem RGZ 48, 183 ff., insb. 189; Dronke, ZZZ 30, 60.

kunde nach dem 10. Abschnitt des FGG ein Gericht der fG tätig wird. Deswegen ist der Wesensunterschied jedoch nicht minder groß. Wenn Josef²⁶¹ demgegenüber in einem Verfahren der fG die Aufnahme eines Vergleichs nur durch Einbeziehung eines Verfahrens nach den §§ 167 ff. FGG für möglich hält, so dürfte diese Meinung ihren Grund in der ganz anderen Auffassung Josefs vom Wesen des Vergleichs im Verfahren der fG haben. Josef, der mit der herrschenden Lehre einen solchen Vergleich nur dem materiellen Recht zurechnet, ihn dagegen als Verfahrensvergleich, d. h. gleichzeitig als Prozeßrechtsgeschäft, nicht anerkennt, kann ihn verständlicherweise nicht als in das anhängige Verfahren einbezogenen und diesem zugehörigen Bestandteil betrachten.

Da der Verfahrensvergleich also von der gerichtlichen Urkunde im Sinne der §§ 167 ff. FGG wesensverschieden ist, geben diese Vorschriften auch seine Protokollierungsform nicht an.

Die Protokollierung eines Verfahrensvergleichs hat sich, wenn besondere Bestimmungen über sie fehlen, nach den allgemeinen Regeln zu richten, die für die Niederschrift von Verhandlungen vor dem betreffenden Gericht gelten²⁶². Aber auch derartige allgemeine Protokollierungsvorschriften fehlen im FGG. Es ist grundsätzlich dem Richter der fG überlassen, ob und wie er den Gang einer Verhandlung und die darin vorgenommenen Erklärungen der Beteiligten aktenkundig machen will. Daß eine derartige Formwillkür für den Verfahrensvergleich, der ja einen Vollstreckungstitel bildet, nicht tragbar ist, versteht sich von selbst. Zur Schließung der Lücke ist wiederum eine analoge Anwendung der zivilprozessualen Vorschriften angebracht. Der Vergleich ist daher entsprechend § 160 Abs. 2 Z. 1 ZPO in ein Protokoll aufzunehmen, das den Erfordernissen der §§ 159, 162 und 163 ZPO genügen muß.

Eine Rechtsanalogie aus den sondergesetzlich geregelten Vergleichsfällen erscheint uns schon in anderem Zusammenhang erörterten Gründen auch hier als keine ausreichende Rechtsgrundlage. Sie würde im übrigen aber zu dem gleichen Ergebnis führen, da die Sondergesetze mit Ausnahme der Rückstattungsgesetze, die diesen Punkt nicht ausdrücklich regeln, durchweg für den Vergleich auf die Protokollierungsvorschriften der ZPO verweisen (vgl. § 13 Abs. 3 der 6. DVO/EheGes., § 44 Abs. 2 WohnEigGes., § 14 S. 2 VertrHGes., § 15 Abs. 6 LandwVerfGes.).

Jedenfalls ist eine auch nur entsprechende Anwendung der §§ 167 ff. FGG wegen des grundsätzlichen Wesensunterschieds zwischen Vergleich und vollstreckbarer Urkunde ausgeschlossen. Es gelten daher nicht deren strengere Bestimmungen, die insbesondere auch die Unterschrift der Beteiligten selbst verlangen, während nach der zivilprozessualen Regelung die Unterschrift des Richters — in höherer Instanz des Vorsitzenden — und des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle ausreicht. Nach § 163 Abs. 3 ZPO kann sogar von der Zuziehung eines Urkundsbeamten der Geschäftsstelle abgesehen werden; in diesem Falle genügt die Unterschrift des Richters bzw. des Vorsitzenden.

Der protokollierte Verfahrensvergleich ersetzt nach allgemeiner Meinung grundsätzlich die nach materiellem Recht vorgeschriebenen rechtsgeschäftlichen Formen, weil deren Zweck (Rechtsklarheit und Schutz vor Übereilung) durch die gerichtliche Protokollierung voll erfüllt wird²⁶³. Nur in einem Falle besteht

261) Lehrbuch der fG, Kap. 6 E I S. 386.

262) OGHbrZ Bd. 2, Seite 120.

263) RGZ 48, 183 ff., 165, 162; Dronke, ZZP 30, 47 ff.; Rosenberg, Lehrbuch § 128 II 1. Speziell für Verfahrensvergleiche der fG: OGHbrZ Bd. 2, S. 120; BGH NJW 1954, 1887; Keidel, DNotZ 52, 105 f. Anderer Meinung ist in diesem Punkt das OLG Hamm in einer Entscheidung vom 21. 12. 1949 (JMBINRW 1950 S. 99 f.). Die Entscheidung behandelt einen vor dem Landwirtschaftsgericht geschlossenen Vergleich zwischen mehreren Miterben über eine nichtlandwirtschaftliche Besitzung. Bei der Erörterung der Wirksamkeit dieses

hier eine Ausnahme, nämlich wenn eine Erklärung *vor* einer hierfür *ausschließlich zuständigen* Behörde abzugeben ist. Eine derartige Erklärung kann in einem Verfahrensvergleich nicht wirksam abgegeben werden^{263a}. Im übrigen aber gilt die formersetzende Kraft des Verfahrensvergleichs uneingeschränkt, insbesondere auch für das Formerfordernis der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Der Verfahrensvergleich ist einer gerichtlichen Urkunde zwar nicht *gleichartig*, wohl aber *gleichwertig*²⁶⁴. Diese Unterscheidung ist übrigens auch für die Frage wesentlich, ob Verfahrensvergleiche, die der gerichtlichen oder notariellen Urkundsform unterliegende Rechtsgeschäfte enthalten, auch in denjenigen Ländern wirksam geschlossen werden können, die gemäß dem Vorbehalt des Art. 141 EGBGB allein die Notare zur Aufnahme solcher Urkunden berufen haben. Hier kommt es allerdings umgekehrt gerade nicht auf die Gleichwertigkeit an. Entscheidend ist hier vielmehr nur, daß Verfahrensvergleiche und gerichtliche oder notarielle Urkunden ungleichartige Dinge sind. Der Beurkundungsvorbehalt der Notare steht daher dem Abschluß von Verfahrensvergleichen trotz der hinsichtlich der Formwirkung bestehenden Gleichwertigkeit nicht entgegen²⁶⁵.

Umstritten ist die Frage, ob der Verfahrensvergleich als solcher ohne Protokollierung wirksam ist oder nicht²⁶⁶. Übereinstimmung besteht aber darin, daß die Protokollierung notwendig für die Eigenschaft des Vergleichs als Vollstreckungstitel ist. Sieht man, wie wir, die Vollstreckbarkeitswirkung neben der Beendigungswirkung als *conditio sine qua non* des Verfahrensvergleichs an, so ist es nur folgerichtig, tatsächlich im Sinne der zweiten Meinung die ordnungsmäßige Protokollierung als Voraussetzung der Wirksamkeit des Vergleichs als Verfahrensvergleich anzusehen. Ohne Protokollierung kann der Vergleich daher allenfalls als materiellrechtlicher aufrecht erhalten werden (§ 140 BGB)²⁶⁷.

G

Die Geltendmachung der Unwirksamkeit eines Vergleichs

Für den zivilprozessualen Vergleich ist bekanntlich sehr umstritten, ob seine Unwirksamkeit in dem alten oder in einem neuen, selbständigen Verfahren geltend zu machen ist.

Bei dem Verfahrensvergleich der fG käme es zu der gleichen Frage gar nicht, wenn man mit dem OLG Hamm und mit Müller²⁶⁸ den Standpunkt vertreten wollte, daß der Streit über die Wirksamkeit eines solchen Ver-

Vergleichs macht das OLG Hamm insgesamt zwei Fehler. Erstens läßt es erkennen, daß es den Vergleich schon deshalb für unzulässig hält, weil das Landwirtschaftsgericht für die konkrete Besetzung nicht zuständig gewesen sei. Damit übersieht das OLG Hamm den Grundsatz, daß Zulässigkeit des Rechtsweges und Zuständigkeit keine Vergleichsvoraussetzungen sind (vgl. o. S. 31 f.). Ferner äußert das OLG Hamm — und insoweit berührt es die hier zu besprechende Frage der Protokollierungswirkung —, der Vergleich sei jedenfalls deshalb unwirksam, weil er die Beurkundungsform der §§ 91, 93 FGG nicht wahre. Auch dieser Gesichtspunkt des OLG Hamm ist unrichtig, und zwar wegen der genannten formersetzenden Wirkung des Verfahrensvergleichs.

263a) Von dieser Ausnahme besteht aber wiederum eine wichtige Gegen Ausnahme für die Auffassung: sie kann nach § 925 Abs. 1 Satz 3 BGB auch in einem gerichtlichen Vergleich erklärt werden. Auch der Verfahrensvergleich der fG ist ein gerichtlicher Vergleich in diesem Sinne.

264) So treffend Dronke, ZJP 30, 60.

265) RGZ 48, 189; Keidel, DNotZ 52, 106.

266) Im ersten Sinne äußert sich ein Teil der Literatur, etwa Schönke, ZPR, § 53 V 2 und Lent, ZPR, § 45 II. Den zweitgenannten Standpunkt vertritt dagegen die Praxis (vgl. RGZ 142, 3) und aus der Literatur vor allem Rosenberg, Lehrbuch, § 128 I 2 b.

267) Vgl. zur Frage der Aufrechterhaltung nach § 140 BGB Schiedermaier, Vereinbarungen im Zivilprozeß, S. 191/192.

268) OLG Hamm, HEZ 2 Nr. 78; Müller, JZ 1954, 20.

gleichs überhaupt nicht in einem Verfahren der fG, sondern nur in einem Zivilprozeß entschieden werden kann. Diese Meinung basiert auf dem Gedanken, das mehr auf Billigkeit und Ermessenserwägungen abgestellte Verfahren der fG sei „nicht geeignet, die mit der Anzweiflung der Wirksamkeit eines Vergleichs auftauchenden schwierigen Sach- und Rechtsfragen zu entscheiden“.

Jedoch kann dieser Auffassung nicht zugestimmt werden²⁶⁹. In der fG treten auch sonst schwierige Sach- und Rechtsfragen auf, die entschieden werden müssen. Vor allem aber fehlt es an einer unmittelbar oder entsprechend anwendbaren Vorschrift, die eine Einschaltung des Zivilprozesses in solchen Fällen erlaubte.

Steht somit fest, daß das Verfahren der fG auch für die Prüfung der Vergleichswirksamkeit gegeben ist, so fragt sich wie im Zivilprozeßrecht lediglich, ob das alte Verfahren angerufen oder ob ein neues eingeleitet werden muß.

Vor allem die Rechtsprechung des Reichsgerichts hat nur unter gewissen Voraussetzungen, die in den einzelnen Entscheidungen jedoch sehr unterschiedlich formuliert worden sind, die Geltendmachung der Vergleichsunwirksamkeit im alten Verfahren gestattet, in allen übrigen Fällen aber einen neuen Prozeß gefordert, mit der Begründung, daß sich andernfalls am Ende der Wirksamkeitsprüfung herausstellen könne, daß sie in einem wirksam abgeschlossenen Verfahren vorgenommen worden sei.

In der Rechtslehre überwiegt dagegen die Meinung, daß aus prozeßökonomischen Gründen in jedem Falle die Fortsetzung des alten Verfahrens zuzulassen sei²⁷⁰.

Die letztgenannte Meinung verdient den Vorzug. Zunächst läßt sich eine Unterscheidung, wie das Reichsgericht sie verlangt, nicht überzeugend rechtfertigen. Die meisten Formulierungen des Reichsgerichts stellen in ihrem Kern darauf ab, ob die Frage der Vergleichsunwirksamkeit ohne weitere Beweisaufnahme lediglich auf Grund der Akten entschieden werden kann²⁷¹. Aber schon diese Prüfung ist eine Fortsetzung des Verfahrens und nicht verständlich, wenn man mit dem Reichsgericht eine richterliche Tätigkeit in einem möglicherweise wirksam abgeschlossenen Verfahren für unmöglich hält. Auch wenn man entscheidend sein läßt, ob der Vergleich „als Prozeßhandlung“ für unwirksam erklärt wird oder ob seine Unwirksamkeit aus materiellen Gründen streitig ist, und nur im ersten Falle eine Fortsetzung des alten Verfahrens gestattet²⁷², besteht der gleiche logische Widerspruch. Gegen eine derartige Unterscheidung tritt sogar noch das Bedenken hinzu, daß sehr häufig der gleiche Mangel den Vergleich als Rechtshandlung und als materielles Rechtsgeschäft betreffen kann. Vor allem weist Rosenberg mit Recht darauf hin, daß ein Streit über die Wirksamkeit einer Klagerücknahme nach allgemeiner Ansicht in dem gleichen Verfahren ausgetragen werden kann, obwohl ein innerer Unterschied gegenüber einem Streit über die Vergleichswirksamkeit nicht ersichtlich ist. Grundsätzlich kann freilich in einem abgeschlossenen Verfahren nicht weiterprozessiert werden. Es ist jedoch durchaus einleuchtend, wenn man von diesem Grundsatz dort eine Ausnahme macht, wo gerade die Wirksamkeit dieses Abschlusses streitig ist.

Eine endgültige Stellungnahme des Bundesgerichtshofes liegt zu der besprochenen Kontroverse noch nicht vor. Immerhin läßt eine Entscheidung vom 5. 10. 1954 erkennen, daß der Bundesgerichtshof eine Überprüfung der Recht-

269) So mit Recht Baur, *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, § 21 III 2 e S. 218.

270) S. vor allem Rosenberg, *Lehrbuch*, § 128 III 3 mit umfassenden Literaturnachweisen, sowie Schiedermair, *Recht der Arbeit*, 1949, 40.

271) Vgl. vor allem RGZ 65, 422; 78, 289.

272) Eine derartige Unterscheidung glaubt Blomeyer, *NJW* 1949, 79, in den verschiedenen Entscheidungen des Reichsgerichts als gemeinsamen Grundgedanken zu erkennen.

sprechung des Reichsgerichts für erforderlich hält²⁷³; er spricht in dieser Entscheidung davon, daß *jedenfalls dann* das alte Verfahren fortzusetzen sei, wenn der Streit sich in einer reinen Rechtsfrage erschöpfe, welcher Tatbestand im konkreten Falle gegeben war.

Als Ergebnis ist festzustellen, daß über die Vergleichswirksamkeit im Verfahren der fG entschieden werden muß, und zwar im alten Verfahren. Praktisch wird die Vergleichsunwirksamkeit von dem Beteiligten dadurch geltend gemacht, daß er den Antrag stellt, das Verfahren fortzusetzen und in der Sache zu entscheiden.

Eine gewisse Schwierigkeit ergibt sich, wenn der Vergleich Bestandteile einbezogen hat, die dem Zivilprozeß zugehören, und wenn gerade deren Unwirksamkeit geltend gemacht und daraus die Unwirksamkeit des *gesamten* Vergleichs gefolgert wird. Kann auch hier der Richter der fG über die Vergleichswirksamkeit entscheiden? Die Frage ist zu bejahen. Auch hier kann der Beteiligte, der die Unwirksamkeit behauptet, einfach um Fortgang des Verfahrens und um eine sachliche Entscheidung bitten, selbstverständlich aber nur um eine Entscheidung in der Angelegenheit der *freiwilligen Gerichtsbarkeit*, die durch den Vergleich als maßgebender Bestandteil geregelt worden ist. Über diesen Antrag hat der Richter der fG zu entscheiden und die Frage der Wirksamkeit des Vergleichs hierbei nur als *Vorfrage* zu prüfen. Es ist ein allgemeiner prozeßrechtlicher Grundsatz, der auch in der fG gilt, daß ein Richter Vorfragen, die bei der Entscheidung auftauchen, regelmäßig selbständig zu beantworten hat, auch wenn diese Vorfragen Angelegenheiten betreffen, die an und für sich einem anderen Rechtsweg zugehören²⁷⁴. Es kommt hier also überhaupt nicht zu einer Durchbrechung der Zuständigkeitsgrenzen und zu einer eigentlichen Entscheidung des Richters der fG über den zivilprozessualen Gegenstand, wie sie oben im Zusammenhang mit der Vollstreckungsgegenklage erörtert wurden und dort zur Einschaltung des Zivilprozesses für diesen Gegenstand führten.

Übrigens ist die Vollstreckungsgegenklage für den *Verpflichteten* ebenfalls ein Weg, um die Unwirksamkeit des Vergleichs geltend zu machen. Da § 767 Abs. 2 ZPO auf den Vergleich keine Anwendung findet^{274a}, kann auch eine *anfängliche* Unwirksamkeit mit der Vollstreckungsgegenklage geltend gemacht werden.

Was den zivilprozessualen Vergleichsbestandteil angeht, so steht beiden Teilen *insoweit* auch der Zivilprozeß zur Geltendmachung der Unwirksamkeit offen. Je nach Lage des Falles hat dies in Form einer Leistungsklage zu geschehen, mit der die vergleichsweise geregelte Forderung geltend gemacht wird, oder in Form einer Feststellungsklage, letzteres insbesondere wenn der Verpflichtete die Unwirksamkeit der Vergleichsschuld gerichtlich klarstellen lassen will. Einer solchen Klage, die im Zivilprozeß hinsichtlich des zivilprozessualen Vergleichsbestandteils erhoben wird, kann nicht etwa das Rechtsschutzbedürfnis mit der Begründung abgesprochen werden, die Vergleichsunwirksamkeit könne im Verfahren der fG geltend gemacht werden. Denn in diesem Verfahren wird ja im Ergebnis lediglich über die Angelegenheit der fG entschieden, während im übrigen die Vergleichswirksamkeit, wie erwähnt, nur als Vorfrage beantwortet wird und daher insoweit für die Beteiligten keine ausreichende Klarheit schafft.

273) BGHZ 14, 386 = NJW 1954, 1887. Die spätere Entscheidung BGHZ 16, 388 ff. schließt die Notwendigkeit eines besonderen Verfahrens beim Streit über die Wirksamkeit eines *Rücktritts* vom Vergleich aus dessen rechtlicher Besonderheit; im übrigen läßt die Entscheidung die Streitfrage nach wie vor offen (vgl. insb. S. 391).

274) Keidel, Komm. z. FGG, § 1 Anm. 1 c; Schlegelberger, Komm. z. FGG, § 12 Anm. 14; Baur, Freiwillige Gerichtsbarkeit, § 2 VI 2 a S. 39.

274a) S. o. S. 85 zu N. 228.

H

Zusammenfassung

Als wesentlichstes Ergebnis der Untersuchung kann folgendes festgestellt werden:

1. Vergleiche sind als Verfahrensvergleiche, d. h. mit materiellen und prozessualen Wirkungen möglich, wenn sie die materiellen und prozessualen Vergleichsvoraussetzungen erfüllen, und zwar nicht nur in den sondergesetzlich ausdrücklich geregelten Fällen.

2. Vergleichsvoraussetzung ist materiellrechtlich die Erfüllung der Erfordernisse des § 779 BGB, prozeßrechtlich vor allem die Regelung des Verfahrensgegenstandes kraft einer über ihn bestehenden Dispositionsbefugnis der Beteiligten.

3. Die Vergleichswirkungen bestehen materiellrechtlich in der Beseitigung des Streites oder der Ungewißheit, prozeßrechtlich in der Verfahrensbeendigung, in der Vollstreckbarkeit und in der Möglichkeit der Herbeiführung eines ebenfalls vollstreckbaren Kostenfestsetzungsbeschlusses.

4. Der für die Dispositionsbefugnis wesentliche Kern des Verfahrensgegenstandes ist in Gestaltungssachen der fG das Verfahrensziel, das als Ergänzung der Rechtsbehauptung oder — beim Fehlen eines subjektiven Gestaltungsrechts — der Frage, ob das Gericht eine bestimmte Gestaltung vornehmen kann und soll, in den Begriff des Verfahrensgegenstandes einzubeziehen ist. Deshalb erweisen sich bei Vorliegen der Vergleichsvoraussetzungen auch solche Gestaltungssachen als vergleichsfähig, in denen ein subjektives Gestaltungsrecht fehlt. In „Leistungs“-sachen der fG ist Verfahrensgegenstand die Rechtsbehauptung.

5. Das für den Vergleich erforderliche Rechtsverhältnis im Sinne des § 779 BGB muß mit dem Verfahrensgegenstand im Zusammenhang stehen. Es kann entweder in einem subjektiven Einzelanspruch oder in dem zwischen den Beteiligten bestehenden und durch den Vergleich zu regelnden Rechtsgrundverhältnis als solchen liegen.

6. Die Zugehörigkeit des Verfahrens, in dem der Vergleich geschlossen werden soll, zu den sogenannten „echten Streitverfahren der fG“ ist weder Vergleichsvoraussetzung noch ist die Vergleichsmöglichkeit eine notwendige Folge des Vorliegens eines solchen echten Streitverfahrens.

7. Die Einbeziehung verfahrensfremder Gegenstände in den Vergleich, insbesondere solcher, die an und für sich im Zivilprozeß ausgetragen werden müßten, ist zulässig.

8. Außer Fällen normaler, grundsätzlich unbeschränkter Vergleichsmöglichkeiten gibt es in wenigen Angelegenheiten der fG eine beschränkte Vergleichsbefugnis nach Art der Vergleichsbefugnis in Eheprozessen, insbesondere durch Festlegung auf eine bereits ergangene, erstinstanzliche Entscheidung. Die Verfahrensbeendigung erfolgt hier regelmäßig nicht unmittelbar durch den Vergleich als solchen, sondern durch eine besondere Prozeßhandlung, die jedoch in den Vergleich als Bestandteil aufgenommen sein muß.

9. Verfahrensvergleiche sind in erster Instanz stets nur in Antragssachen der fG möglich. In zweiter Instanz sind in wenigen Ausnahmefällen der unter Ziffer 8. bezeichneten Art Vergleiche auch in amtswegigen Verfahren denkbar.

10. Die Vergleichsvollstreckung richtet sich — in analoger Anwendung des § 794 Abs. 1 Ziff. 1 ZPO — einschließlich der Rechtsbehelfe des Schuldners in vollem Umfange nach dem 8. Buch der ZPO. „Prozeßgericht des ersten Rechtzuges“ ist hierbei das Gericht der fG.

11. Es besteht keine Notwendigkeit, die Vollstreckbarkeit auf solche Angelegenheiten der fG zu beschränken, in denen gesetzlich für *Entscheidungen* eine Vollstreckung nach der ZPO vorgesehen ist.

12. Die Vollstreckungsgegen„klage“ ist nur hinsichtlich derjenigen Vergleichsbestandteile, die dem Verfahren der fG zugehören, bei dem Richter der fG anzubringen. Eine Vollstreckungsgegenklage, die sich auf einen in den Vergleich einbezogenen zivilprozessualen Gegenstand richtet, ist bei demjenigen Gericht der streitigen Gerichtsbarkeit zu erheben, in dessen Bezirk das Vergleichsgericht der fG seinen Sitz hat.

13. Das Gleiche wie für die Vollstreckungsgegenklage gilt für einen Abänderungsantrag. Dieser ist, von den abweichenden gesetzlichen Sonderregelungen abgesehen, wie die Abänderungsklage des Zivilprozesses nur unter den Voraussetzungen möglich, unter denen das materielle Recht einen Abänderungsanspruch gewährt.

14. Die Vergleichsprotokollierung richtet sich nach den Vorschriften der Zivilprozeßordnung. Der protokollierte Vergleich ersetzt grundsätzlich alle materiellrechtlichen Formerfordernisse.

15. Eine Vergleichsunwirksamkeit ist bei dem Gericht der fG, und zwar in dem alten Verfahren geltend zu machen. Über die Vergleichsunwirksamkeit hat auch dann das Gericht der fG zu entscheiden, wenn die Unwirksamkeit eines einbezogenen zivilprozessualen Bestandteils behauptet und daraus die Unwirksamkeit des gesamten Vergleichs hergeleitet wird. Die Entscheidung über die Wirksamkeit des zivilprozessualen Bestandteils betrifft hierbei lediglich eine Vorfrage zur sachlichen Entscheidung über die Angelegenheit der fG. Unberührt bleibt die Möglichkeit, die Unwirksamkeit ausschließlich des einbezogenen zivilprozessualen Gegenstandes in einem Zivilprozeß durch Feststellungs- oder gegebenenfalls auch Leistungsklage geltend zu machen.

Lebenslauf

Am 13. 2. 1927 wurde ich als Sohn des Fritz Munding und seiner Ehefrau Lydia, geb. Siebert, in Konstanz am Bodensee geboren. Von 1933 bis 1937 besuchte ich in Frankfurt a. M. die Volksschule, anschließend die Wöhler-Oberschule, die ich im September 1944 mit dem Reifevermerk verließ. Nach halbjähriger Arbeitsdienst- und Militärzeit kam ich gegen Kriegsende in amerikanische Kriegsgefangenschaft, aus der ich am 7. August 1945 entlassen wurde. Von November 1945 bis Mai 1946 nahm ich an dem Realgymnasium in Offenbach a. M. an einem Vorbereitungskurs zur Erlangung des Abiturs teil. Dieses legte ich am 14. Mai 1946 an der gleichen Schule ab. Ich begann im Sommersemester 1946 das Studium der Rechtswissenschaft an der Johann Wolfgang Goethe-Universität in Frankfurt a. M. und bestand hier am 24. November 1949 die erste juristische Staatsprüfung. Nach dreieinhalbjährigem Vorbereitungsdienst von Februar 1950 bis August 1953 folgte die zweite juristische Staatsprüfung am 26. Januar 1954 vor dem Justizprüfungsamt in Frankfurt a. M. Seit dem 1. Juli 1954 bin ich als Anwaltsassessor tätig.

